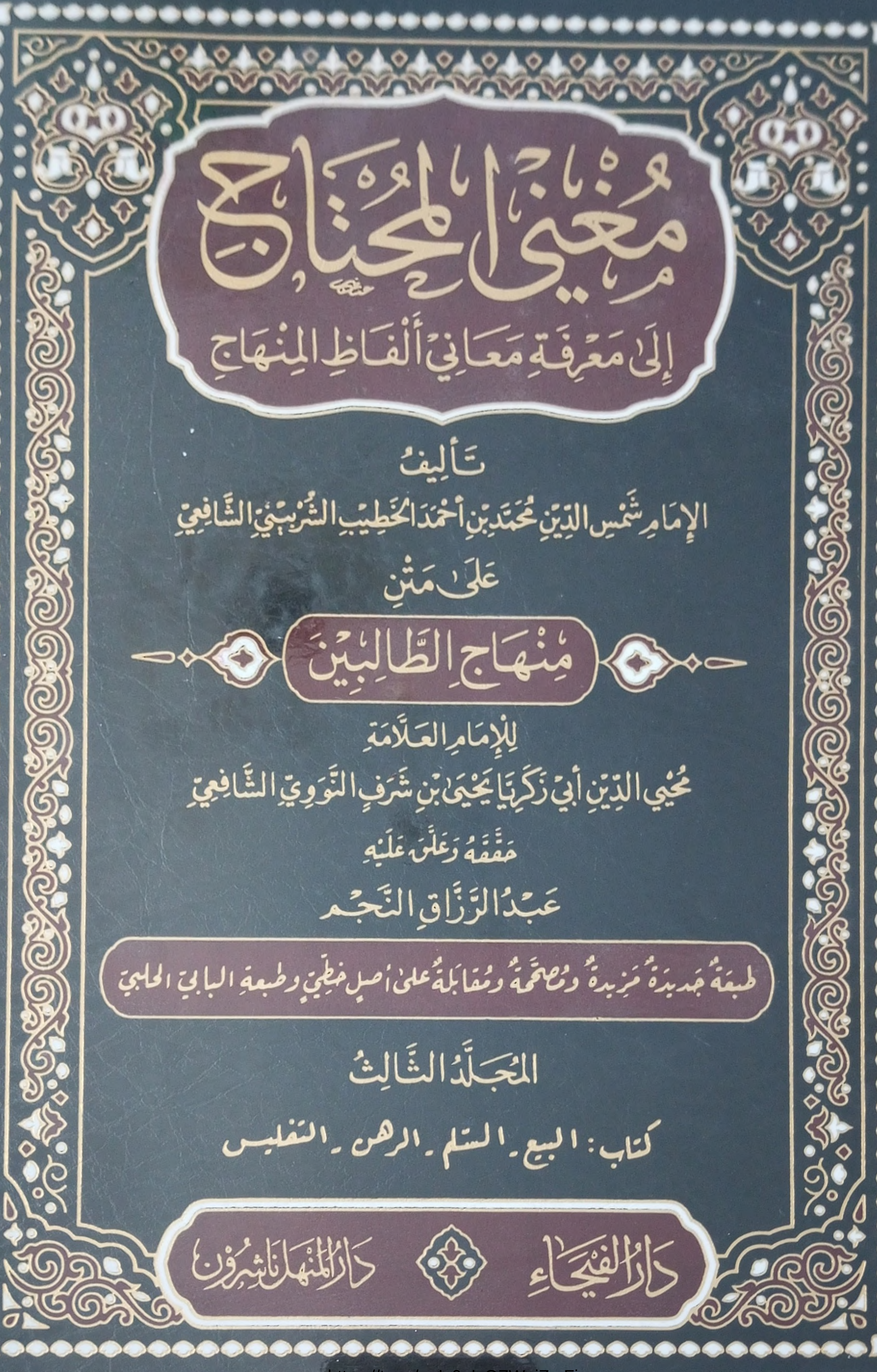

مُغْنِي المُحْتَاج
إِلَى مَعْرِفَةِ مَعَانِي أَلْفَاظِ المِنْهَاجِ
تأليف
الإمامِ شمسِ الدينِ محمدِ بنِ أحمدَ الخطيبِ الشربينيِّ الشافعيِّ
على متنِ
مِنْهَاجِ الطَّالِبِين
للإمامِ العلّامةِ
محيي الدينِ أبي زكريا يحيى بنِ شرفِ النوويِّ الشافعيِّ
حققه وعلّق عليه
عبدُ الرزّاقِ النجم
طبعةٌ جديدةٌ مزيدةٌ ومصححةٌ ومقابلةٌ على أصلٍ خطيٍّ وطبعةِ البابي الحلبي
المجلدُ الثالثُ
كتاب: البيع - السلم - الرهن - التفليس
دار الفيحاء
دار المنهل ناشرون


مغني المحتاج
إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج
٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الثانية : ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م



دار الفيحاء للنشر والتوزيع

سُوريّة - دِمَشق - حلبوني
هاتف : ٩٦٣١١٢٢٣٨١٣٥+
واتساب : ٩٦٣٩٦٧٥٠٩٠٠٠+

لبنان - بَيروت - فردان
هاتف : ٩٦١١٧٩٨٤٨٥+
واتساب : ٩٦١٧٨٨١٣٩١١+

دار الفيحاء للنشر والتوزيع @daralmanhal2013 daralfaiha@hotmail.com



دار المنهل ناشرون للنشر والتوزيع

سُوريّة - دِمَشق - حلبوني
هاتف : ٩٦٣١١٢٢٣٠٢٠٨+
واتساب : ٩٦٣٩٤٤٤٨٤٩١٣+

لبنان - بَيروت - فردان
هاتف : ٩٦١١٧٩٨٤٨٥+
واتساب : ٩٦١٧٠٤٨٩٤٠٩+

daralmanhal2013@hotmail.com

ISBN 978 9933531508

9 789933 531508

مُغْنِي المُحْتَاج

إِلَى مَعْرِفَةِ مَعَانِي أَلْفَاظِ المِنْهَاجِ

تَأْلِيفُ

الإِمَامِ شَمْسِ الدِّينِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الخَطِيبِ الشِّرْبِينِيِّ الشَّافِعِيِّ

عَلَى مَتْنِ

مِنْهَاجِ الطَّالِبِينَ

لِلإِمَامِ العَلَّامَةِ

مُحْيِي الدِّينِ أَبِي زَكَرِيَّا يَحْيَى بْنِ شَرَفٍ النَّوَوِيِّ الشَّافِعِيِّ

حَقَّقَهُ وَعَلَّقَ عَلَيْهِ

عَبْدُ الرَّزَّاقِ النَّجْم

طبعةٌ جديدةٌ مَزِيدةٌ ومُصحّحةٌ ومُقابلةٌ

على أصلٍ خطّيٍّ وطبعةِ البابيّ الحلبيّ

المُجَلَّدُ الثَّالِثُ

كتاب: البيع - السّلم - الرهن - التفليس

فهرس أسماء الكتب



كِتَابُ البَيْعِ








٩ - كتاب البيع

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصَلَّى الله على سيِّدنا محمَّدٍ وآله وصحبه وسلَّم(١)

كتاب البيع

[تعريف البيع لغةً وشرعًا]

أفرد المصنفُ رحمه الله تعالىٰ لفظَ «البيع» ولم يعبّر كغيره بـ«البيوع» تأسّيًا بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. ويُطلق على أمرين:

أحدهما: قسيم(٢) الشراء، وهو الذي يشتقّ منه لمن صدر عنه لفظ البيع، وحَدُّهُ: نَقْلُ ملك بثمن على وجه مخصوص(٣)، والشراءُ قَبُولُ ذلك، على أن لفظ كُلٍّ منهما يقع على الآخر؛ تقول العرب: «بعتُ» بمعنى «شَرَيْتُ» وبالعكس؛ قال تعالىٰ: ﴿وَشَرَوۡهُ بِثَمَنٍۭ بَخۡسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]؛ أي باعوه، وقال تعالىٰ: ﴿وَلَبِئۡسَ مَا شَرَوۡاْ بِهِۦٓ أَنفُسَهُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٠٢]، ويقال: لِكُلٍّ من المتبايعين بائعٌ وبَيِّعٌ ومُشْتَرٍ وشَارٍ.

---

(١) ليست في نسخة البابي الحلبي.

(٢) قسيمُ الشيء ما كان مباينًا له واندرج معه تحت أصل كلّي، وعليه فالمراد بالأصل هنا تصرُّف له دخل في نقل الملك بالثمن على الوجه الآتي، وهو شاملٌ لكلٍّ من الشراء وقسيمه؛ إذ يقال: الشراء تصرُّف له دخل في حصول الملك وكذا البيع؛ ذكره «ع ش». وعبارته على «م ر»: وقد يطلق على الانعقاد أو الملك الناشئ عن العقد كما في قوله: «فسخت البيع»؛ إذ العقد الواقع لا يمكن فسخه، وإنَّما المراد فسخ ما ترتب عليه «حج» «سم». ويستفاد من كلام الشارح إطلاقات ثلاثة: على التمليك، وعلى العقد، وعلى مطلق مقابلة شيء بشيء، ويطلق أيضًا على الشراء الذي هو التملُّك كما في المختار، وعبارته: «باع الشيء» اشتراه، فهو من الأضداد؛ كما أنَّ الشراء يطلق على البيع؛ قال تعالى: ﴿وَشَرَوۡهُ بِثَمَنٍ﴾ [يوسف: ٢٠]؛ أي باعوه، فيكون له على هذا إطلاقات ستَّة.

(٣) يَردُ عليه أنَّ هذا القيد لا مفهوم له؛ إذ التمليك بالثمن لا يكون إلا بيعًا، والجواب: أنَّه لبيان الواقع لا للاحتراز، أو أنَّه استعمل الثمن في مطلق العوض، فيكون احترازًا عن غيره من نحو الإجارة «ع ش» على «م ر».

. . . .

الثاني: العقد المركب من الإيجاب والقَبولِ، وهو المراد بالترجمة؛ وهو لغة[١]: مقابلةُ شيء بشيء، قال الشاعر[٢]:

مَا بِعْتُكُمْ مُهْجَتِي[٣] إِلَّا بِوَصْلِكُمُ ... وَلَا أُسَلِّمُهَا إِلَّا يَدًا[٤] بِيَدِ

قال بعض المتأخرين: كذا قالوه، وينبغي أن يُزاد فيه «معاوضةً» أو «على وجه المعاوضة» ليخرج ردّ السلام ونحوه فإنه لا يسمّى بيعًا. انتهى. وشرعًا: مقابلة[٥] مال بمال على وجه مخصوص. فإن قيل: يَرِدُ على هذا التعريف القرضُ؛ كما لو قال: «خذ هذا بمثله»، وكذلك الإجارةُ، فإن الحدَّ صادقٌ عليهما وليسا ببيع، ولهذا لا ينعقدان بلفظ البيع، فإن أجيب عن الإجارة: «بأن المال لا يُطلق على المنفعة» رُدَّ بلزوم كون الحَدِّ غير جامع لجواز جعل الثمن منفعة، وقد صرَّح في كتاب الوصية بدخول المنفعة في المال، فقال: «الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع»، وأيضًا المقابلة المطلقة ليس فيها دلالة على المقصود، فإنه لم يتعرض لكونها في عقد، ولا أن ذلك العقد يقتضي انتقال الملك، ولهذا زاد في المجموع: «تمليكًا»، أجيب عن القرض: بأنه لا يشترط فيه مقابلة المال بالمال حالة العقد؛ لأن صيغة المقابلة مفاعلة فلا بدّ منها في الجانبين، والقرض لا يشترط فيه ذلك؛ بل يكفي الدفعُ وتسميةُ أحد العوضين خاصَّةً؛ حتى لو قال: «أقرضتُكَ هذا» ولم يقل: «على أن تردَّ بدله» صحَّ وإن لم يذكر مقابله، بخلاف البيع فإنه لا بدّ فيه من التصريح بذكر العوضين لتحقُّق المفاعلة. وعن الإجارة: بأن المنافع ليست أموالًا على الحقيقة؛ بل على ضربٍ من التوسُّع والمجاز بدليل أنها

---

(١) أي البيع بمعنى العقد المركَّب منهما، وأمَّا بمعنى قسيم الشراء فليس له معنًى في اللغة «ح ل»، والظاهر أنه راجع لمطلق البيع.

(٢) وبعده:

فإن وَفَيْتُم بما قلتُم وَفَيْتُ أنا ... وإنْ غدرتُم فإنَّ الرَّهنَ تحتَ يدي

(٣) المرادُ بـ«المهجة» الروح.

(٤) منصوب على الحال؛ أي إلَّا مقابضة.

(٥) فيه مسامحة؛ إذ العقد ليس نفس المقابلة لكنَّه يستلزمها، ويمكن أن يجاب: بأنَّ التقدير: «ذو مقابلة» على حذف مضاف.

. . . .

معدومة لا قدرة عليها، ولهذا اختلف العلماء في صحة العقد عليها، فقد منع جماعة صحة الإجارة، وأنه لو حلف شخص لا مال له وله منافع لم يحنث على الصحيح كما قاله الرافعي، وأنه لو أقرَّ بمال ثم فسَّره بمنفعة لم يُقبل كما دلَّ عليه كلام الرافعي أيضًا، وقولهم في الوصية: «إن المنفعة تُحسب قيمتها من الثلث» معناه أنها كالمال المُفَوَّتِ لا أنها في نفسها مال؛ لأنها لا وجود لها، وإنما يُقدَّر وجودها لأجل تصحيح العقد عليها. وأيضًا المحدود إنما هو بيع الأعيان لا بيع المنافع؛ لأن بيع المنافع جنسٌ برأسه، وإذا ثبت أن المنافع لا تسمَّى مالًا حقيقةً لم تَرِدْ على الحَدِّ؛ لأن المجاز لا يدخل في الحدود.

فإن قيل: قد نصَّ الشافعي رحمه الله تعالىٰ على أن الإجارة بيعُ منفعةٍ كما نقله الإسماعيلي في كتاب «الاصْطِلام»، أجيب: بأنَّه محمول على ضربٍ من التوسُّع كما مرَّ؛ لأن المنافع يُقَدَّر وجودها لأجل صحة العقد، وما دخله التقدير لا يكون حقيقةً؛ كما يقدر الميت حيًّا ليملك الدِّيَةَ وتورث عنه.

وحَدَّه بعضهم: بأنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد، فدخل بيعُ حَقِّ المَمَرِّ ونحوه، وخرجت الإجارةُ بقيد «التأبيد» فإنها ليست بيعًا؛ ولهذا لا تنعقد بلفظه كما مرَّ، والقرضُ بقيد «المعاوضة» فإنه لا يسمَّى معاوضةً عُرْفًا، وعَقْدُ النكاح والخلع والصُّلح عن الدم بقيد «الملك»، فإن الزوج لا يملك منفعة البضع، وإنما يملك أن ينتفع به، والزوجة والجاني لا يملكان شيئًا، وإنما يستفيدان رفع سلطنة الزوج ومستحِقِّ القصاص، على أن النكاح خرج بقيد «المعاوضة» أيضًا، فإنه لا يسمَّى معاوضةً عُرْفًا. وهذا الحدُّ أَوْلَى من الأوّل لما لا يخفى.

[دليل مشروعيّة البيع]

والأصل في الباب قبل الإجماع آياتٌ؛ كقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1] [البقرة: ٢٧٥]، وأظهرُ قولي الشافعي

(١) أي المعهود عندهم، وهو مقابلة مالٍ بمالٍ على وجه مخصوص، فالآية متضحة الدلالة لا مجملة، =

. . . .

أن هذه الآية عامةٌ في كُلِّ بيع إلَّا ما خُصَّ بالسُّنَّة، فإنه ﷺ نَهَى عن بُيُوعٍ، والثاني: أنها مجملةٌ والسُّنَّة مبينة لها، وتظهر فائدة الخلاف في الاستدلال بها في مسائل الخلاف، فعلى الأوّل يستدل بها، وعلى الثاني لا يُستدل. وأحاديثُ؛ كحديث: سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ: أَيُّ الكَسْبِ أَطْيَبُ[١]؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ[٢]، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ[٣]»[٤]؛ ـ أي

= بخلاف قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، فإنَّها مجملة ولم تتَّضح دلالتها إلَّا بكتاب أبي بكرٍ لأنس رضي الله عنهما بالصَّدقات.

(١) أي أيُّ أنواع الكسب أطيب؛ أي أحسن وأفضل؟ لأنَّ الحِرَفَ من فروض الكفايات، فالتفاضل إنَّما هو في فروض الكفايات لا في المباحات؛ كما يوهمه بعضهم حيث اعترض: بأنَّ التفاضل لا يكون في المباحات، فالكسب بالمعنى المصدريِّ بدليل قوله: «عمل الرجل. . . إلى آخره» وإنَّما قدّر المضاف؛ لأن «أيًّا» لا تضاف لمفردٍ مُعَرَّفٍ إلَّا إذا تكررت، أو نويت الأجزاء، قال ابن مالك:

ولا تضف لمفرد مُعَرَّفِ «أيًّا» وإن كرَّرتها فأضف
أو تنو الأجزاء . . . .

والأنواع المقدَّرة هنا كالأجزاء. وقالوا: أي أيُّ طرق الكسب أطيب؛ أي أحسن، وإنَّما قدّر المضاف؛ لأجل قوله: «عملُ الرجل بيده»، والكسبُ بمعنى المكسوب.

(٢) وهو الصناعة، قيل: يشمل الزراعة، وحينئذ لا يوجد مفضَّل عليه، فالأَوْلَى قصر ذلك على الصناعة، ويستفاد فضلها من التقديم على التجارة.

(٣) وهو التجارة، وهذا يفيد أن كلًّا من الصناعة والتجارة أفضل من الزراعة، وأنَّه لا تفاضل بين الصناعة والتجارة؛ إلَّا أنَّ المعتمد تقديم الصناعة على التجارة، والحاصل أنَّ كُلًّا منهما ـ أي الثلاثة ـ ذهب جمع إلى أفضليَّته على باقيها، وذكر الماورديُّ أنَّ تفضيل التجارة أشبه بمذهب الشافعيِّ، واختار النوويُّ القول بأفضلية الزراعة لعموم نفعها. وينبغي أن يكون ممَّن يكتسب بالتجارة من له من يتَّجر له، وممَّن يكتسب بالصناعة من له صنَّاع تحت يده وهو لا يباشر، وممَّن يكتسب بالزراعة من له من يزرع له وهو لا يباشر، فَلْيُحَرَّرْ «ح ل». وعبارة «ع ش»: أفضل الكسب الزراعة؛ أي بعد الغنيمة، ثمَّ الصناعة، ثمَّ التجارة؛ أي لِمَا في الزراعة من مزيد التوكُّل، ونفع الطيور وغيرها، وهذا الترتيب هو المعتمد، كما قرَّره شيخنا «ح ف».

(٤) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده»، حديث رافع بن خديج رضي الله عنه /١٧١٩٨/ والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢١٦٠/.

قلت: سكت عنه الذهبيُّ في «التلخيص». قال في «الفيض»: قال الهيثميُّ: فيه المسعوديُّ، وهو ثقة؛ لكنَّه اختلط في آخر عمره، وبقيَّة رجال أحمد رجال الصحيح. وقال ابن حجر: رجاله لا بأس بهم =

. . . .

لا غشَّ[١] فيه[٢] ولا خيانة ـ رواه الحاكم وصححه، وحديث: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»[٣].

[مطلبٌ في أركان البيع]

وأركانه[٤] ـ كما في «المجموع»[٥] ـ ثلاثة، وهي في الحقيقة[٦] سِتَّةٌ: عاقد، وهو

= وذكره الهيثميُّ في «مجمع الزوائد»، كتاب البيوع، باب أيِّ الكسب أطيب / ٦٢١٠/ وقال: رواه أحمد، والبزَّار، والطبرانيُّ في «الكبير» و«الأوسط»، وفيه المسعوديُّ، وهو ثقة ولكنَّه اختلط، وبقيَّة رجال أحمد رجال الصحيح.

(١) الغشُّ تدليس يرجع إلى ذات المبيع؛ كأن يجعِّد شعر الجارية ويحمِّر وجهها، والخيانة أعمُّ؛ لأنَّها تدليس في ذاته أو في صفته أو في أمرٍ خارج؛ كأن يصفه بصفاتٍ كاذبًا، وكأن يذكر له ثمنًا كاذبًا، فهو من عطف العامِّ على الخاصِّ.

(٢) أي في البيع بمعنى المبيع أو الثمن؛ لأنَّ الثمن يكون فيه غشٌّ أيضًا، ففي كلامه استخدامٌ حيث ذكر البيع بمعنى العقد وأعاد عليه الضمير بمعنى المبيع أو الثمن.

(٣) أخرجه ابن ماجه، أبواب التجارات، باب بيع الخيار / ٢١٨٥/ .

قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: إسناده صحيح، ورجاله موثَّقون، رواه ابن حبَّان في «صحيحه»، والله أعلم.

وأخرجه ابن حبَّان في «صحيحه»، كتاب البيوع، ذكر العلَّة التي من أجلها زجر عن هذا البيع / ٤٩٤٦/ .

(٤) أي الأمور التي لا بدَّ منها ليتحقَّق العقد في الخارج، وتسمية العاقد ركنًا أمرٌ اصطلاحيٌّ، وإلَّا فليس جزءًا من ماهيَّة البيع التي توجد في الخارج التي هي العقد، وإنَّما أجزاؤه: الصيغة واللَّفظ الدَّالُّ على المعقود عليه، فبهذا الاعتبار كان المعقود عليه ركنًا حقيقًا؛ أي جزءًا من الماهيَّة الخارجية التي هي العقد، فكان ركنًا باعتبار أنَّه يُذكر في العقد؛ تأمَّل.

(٥) راجع لقوله: «أركانه» أي إنَّما سميتها أركانًا وخالفت كلامه هنا حيث سمَّاها «شروطًا» اتباعًا لصنيعه في «المجموع»، فلا يتوهَّم رجوعه لقوله: ثلاثة؛ إذ لا خلاف في ذلك.

(٦) وإنَّما ردَّها لثلاثة اختصارًا، وهكذا يفعل في كلِّ موضع اشترك فيه الموجب والقابل في الشروط المعتبرة فيهما كما هنا؛ بخلاف ما لو اختلفت الشروط كما في القرض، فإنَّه يشترط في المقرض أهليَّة التبرُّع، فلا يصحّ من المحجور عليه بفلس، وفي المقترض أهليَّة المعاملة فيصحُّ اقتراض المفلس، فيفصِّل الأركان ولا يجملها؛ كما قال: «ثم أركانه مقرض ومقترض. . . إلى آخره»؛ «ع ش».

شَرْطُهُ: الإِيجَابُ؛ كَبِعْتُكَ وَمَلَّكْتُكَ، ....

بائعٌ ومشترٍ، ومعقودٌ عليه، وهو ثمنٌ ومثمنٌ، وصيغةٌ، وهي إيجابٌ وقبولٌ.

وكان الأَوْلَى للمصنف أن يقدم الكلام على العاقد ثم المعقود عليه ثم الصيغة؛ لكنه بدأ بها كما قال الشارح لأنها أهمّ للخلاف فيها، وَأَوْلَى من ذلك أن يقال: لأن العاقد والمعقود عليه لا يتحقق إلَّا بها؛ وعبَّر عنها بـ«الشرط» خلاف تعبيره في «المجموع» كالغزالي بـ«أركان البيع»، والتعبيرُ بـ«الركن» أَوْلَى، نعم قد يُراد بالشرط ما لا بدَّ منه فيساوي التعبير بالركن، فقال:

[الركن الأول: الصيغة]

(شرطه) ـ أي البيع ـ صيغةٌ، وهي (الإيجاب) من البائع، وهو ما يدلّ على التمليك بعوضٍ دلالةً ظاهرةً؛ (كبعتُكَ[١]) بكذا (وملكتك[٢]) بكذا، و«هذا مبيع منك بكذا» أو «أنا بائعُهُ لك بكذا» كما بحثه الإسنوي وغيره قياسًا على الطلاق، وكـ«هذا لك بكذا» كما نصَّ عليه في «الأمّ».

---

(١) يشير إلى شرطين في الصيغة وهما الخطاب ووقوعه على جملة المخاطب، وأشار الشارح إلى ثالث وهو أنَّ المبتدئ لا بدَّ أن يذكر الثمن والمثمن بقوله: «كذا بكذا»، وبقي رابعٌ: وهو قصد اللفظ لمعناه كما في نظيره من الطلاق، فلو سبق لسانه إليه أو قصده لا لمعناه ـ كتلفُّظ أعجمي به من غير معرفة مدلوله ـ لم ينعقد، ويجري ذلك في سائر العقود، فهذه الشروط الأربعة تضمُّ للتسعة الآتية في المتن والشَّرحِ فتصير جملة الشروط ثلاثة عشر. قال «حج»: «وظاهرٌ أنَّه يغتفر من العامي فتح التاء في التكلُّم وضمّها في التخاطب؛ لأنَّه لا يفرق بينهما»، ومثل ذلك إبدال الكاف ألفًا ونحوه «سم»، وظاهره ولو مع القدرة على الكاف من العاميِّ، ومفهومه أنَّه لا يُكتفى بها من غير العاميِّ، وظاهرٌ أن محلَّه حيث قدر على النطق بالكاف «ع ش» على «م ر».

(٢) أي و«وهبتُكَ كذا بكذا»، وكونهما صريحين في الهبة إنَّما هو عند عدم ذكر الثمن.

(فرع) لو أتى بالمضارع في الإيجاب: «كأبيعك» وفي القبول: «كأقبل» صحَّ؛ لكنَّه كناية «سم». وقوله: «صحَّ لكنَّه كناية» فما في «العباب» من عدم صحَّة البيع بصيغة الاستقبال محمولٌ على نفي الصراحة؛ كما يشعر به تعليلهم باحتماله الوعد والإنشاء، ويدلُّ على كونه كناية قول البلقينيِّ: «لو قال لامرأته: طلِّقي نفسك على كذا»، فقالت: «أُطلِّق عليه» كان كناية. انتهى، فليكن هذا كذلك؛ أفاده بعض الفضلاء.

وَالْقَبُولُ؛ كَاشْتَرَيْتُ وَتَمَلَّكْتُ وَقَبِلْتُ.

تنبيه: عبارة «المحرّر»: «كبعتك أو ملكتك»، وهي أَوْلَى لأنها تدلّ على الاكتفاء بأحدهما بخلاف عبارة المصنف.

(والقبول) من المشتري، وهو ما يدل على التمليك دلالةً ظاهرةً؛ (كـ«اشتريتُ» و«تملكتُ» و«قبلتُ») و«رضيتُ» كما ذكره القاضي حسين والروياني، و«نعم» في الجواب كما سيأتي و «تَوَلَّيْتُ» ونحوها، و«بعت» على ما نقله في «شرح المهذب» عن أهل اللغة والفقهاء. فلا يصحُّ البيع بدون إيجاب وقبول؛ حتى إنهما يشترطان في عقد تولّي الأب طرفيه؛ كالبيع لماله من طفله وعكسه، فلا يكفي أحدهما؛ إذ معنى التحصيل غير معنى الإزالة، وكالطفل المجنونُ وكذا السَّفيه إن بلغ سفيهًا وإلَّا فوليُّهُ الحاكم فلا يتولّى الطرفين؛ لأن شفقته ليست كشفقة الأب، فلو وكّل الحاكم الأب في هذه الصورة لم يتولّ الطرفين؛ لأنه نائب عن الحاكم فلا يزيد عليه، وهل للأب أن يبيع مال أحد ابنيه من الآخر وهما تحت حَجْرِهِ؟ فيه وجهان، والظاهر منهما الصحّة. وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة لأنه مَنُوطٌ بالرضا؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»[١] صحّحه ابن حبّان، والرضا أمرٌ خفي لا يطلع عليه، فأُنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة، فلا ينعقد بالمعاطاة إذ الفعل لا يدلّ بوضعه، فالمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد، فَيُطَالِبُ كُلٌّ صاحبَه[٢] بما دفع إليه إن بقي، وببدله إن تلف[٣]، وقال الغزالي: «للبائع أن يتملّك الثمن الذي قبضه إن سَاوَى قيمة ما دفعه؛ لأنه مستحِقٌّ ظفر بمثل حقّه والمالكُ راضٍ»، هذا في الدنيا وأما في الآخرة فلا مطالبة لطيب النفس بها واختلاف العلماء فيها؛ نقله في «المجموع» عن ابن

(١) انظر الحديث السابق.
(٢) ولا مطالبة به في الآخرة؛ لطيب النفس واختلافِ العلماء.
(٣) أي المثل في المثليّ، وأقصى القيمة في المتقوّم، وكذا كلُّ مقبوض بالشراء الفاسد «سم ع ش» على «م ر»؛ أي لأنّ المقبوض بالشراء الفاسد حكمُه حكم المغصوب.

. . . .

أبي عصرون وأقرّه، قال: وخلاف المعاطاة في البيع[١] يجري في الإجارة والرهن والهبة ونحوها. قال في «الذخائر»: «وصورة المعاطاة أن يتفقا على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظٌ من أحدهما» واختار المصنّفُ وجماعة منهم المتولّي والبغوي الانعقاد بها في كل ما يعدّه الناس بيعًا؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظٍ فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، وبعضهم كابن سريج والروياني خصّص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات، وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة؛ كرطل خبز وحزمة بَقْلٍ، وقال بعضهم: كُلُّ من وسم بالبيع اكْتُفِي منه بالمعاطاة كالعامّيِّ والتاجر، وكلّ من لم يعرف بذلك لا يصحّ منه إلّا باللفظ.

قال في «المجموع»: «وأما إذا كان يأخذ من البياع ويحاسبه بعد مُدَّةٍ ويعطيه ـ كما يفعل كثير من الناس ـ فإنه باطل بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة فَلْيُعْلَمْ ذلك ولْيُحذر منه ولا يغترّ بكثرة من يفعله»، قال الأذرعي: وهذا ما أفتى به البغوي؛ وذكر ابن الصلاح في «فتاويه» نحوه، والظاهر أنه قاله تفقُّهًا ومن كلامه أخذ المصنّف؛ لكن الغزالي في «الإحياء» مسامح في ذلك، فقال: وأخذ الحاجة من البياع يقع على ضربين:

---

(١) اتّفق الفقهاء على جواز البيع بالإيجاب والقبول، ولكنّهم اختلفوا في صحّته بالتعاطي على أقوال:
فذهب الحنفيّة والمالكيّة والحنبليّة: إلى صحة البيع بالتعاطي مطلقًا ما دام التعاطي مستوفيًا لشروطه، وأمّا الشافعيّة فلهم في ذلك ثلاثة أقوال:
الأوّل: عدم الجواز مطلقًا، وهو المشهور عندهم.
الثاني: الجواز مطلقًا إذا جرى التعامل به، وهو اختيار النوويّ والمتوليّ والبغويّ وغيرهم.
الثالث: الجواز بالمحقَّرات مثل رطل خبزٍ، وحزمة بصلٍ، فإنّه يجوز فيها البيع بالتعاطي دون النفائس من السلع؛ كالجوهر وغيرها. .
انظر: كتاب المعاوضات للدكتور أحمد حجّي كردي، باب البيوع، حكم البيع بالتعاطي، ص / ١٧٩/ .
ولانعقاد البيع بالتعاطي شروطٌ وهي:
١ـ علم المتعاقدين بالبيع والشراء، وذلك بأن يدفع المشتري الثمن ويأخذ السلعة على علم من البائع، فإذا أخذها ودفع الثمن دون علم البائع لم ينعقد البيع.
٢ـ أن لا يصدر عن المتعاقدين أو أحدهما ما يدلُّ على عدم الرضا بالبيع والشّراء.
انظر: ذات المرجع السابق، باب البيوع، ص / ١٨٧/ .

. . . .

أحدهما: أن يقول: «أعطني بكذا لحمًا أو خبزًا» مثلًا، وهذا هو الغالب، فيدفع إليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به، ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدّي ما اجتمع عليه، فهذا مجزوم بصحّته عند من يجوّز المعاطاة فيما أراه.

والثاني: أن يلتمس مطلوبه من غير تعرُّض لثمن؛ كـ«أعطني رطل خبز أو لحم» مثلًا فهذا محتمل، وهو ما رأى الغزالي إباحته ومنعها المصنف. وقوله: «إنه لا يُعَدُّ معاطاة ولا بيعًا» فيه نظرٌ؛ بل يعدّه الناس بيعًا، والغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلومًا لهما عند الأخذ والعطاء وإن لم يتعرَّضا له لفظًا. انتهى.

وأشار المصنف بكاف التشبيه فيما ذكره من صيغ الإيجاب والقبول إلى عدم الحصر فيه، فيكفي غيره كما تقدم بعض ذلك. ومن ألفاظ صيغ الإيجاب: «صَارَفْتُكَ» في بيع النقد بالنقد، و«قَرَّرْتُكَ» بعد الانفساخ؛ بأن يقول البائع بعد انفساخ البيع: «قَرَّرْتُكَ على موجب العقد الأول» فيقبل صاحبه كما اقتضاه كلام الشيخين في القِراض، و «ولَّيْتُكَ» و «أشركْتُكَ». ومن ألفاظ القبول: «صَارَفْتُ» و «تَقَرَّرْتُ» بعد الانفساخ في جواب «قَرَّرْتُكَ»، و«تَعَوَّضْتُ» في جواب «عوضتُكَ»، و«قد فعلتُ» في جواب «اشْتَرِ مني ذا بكذا» كما جزم به الرافعي في النكاح، وفي جواب «بعتُكَ» كما في «زيادات العبادي»؛ نقله عنها الإسنوي. وبكاف الخطاب في الإيجاب إلى أمرين:

أحدهما: أن إسناد البيع إلى المخاطب لا بدّ منه ولو كان نائبًا عن غيره؛ حتى لو لم يسند إلى أحد كما يقع في كثير من الأوقات أن يقول المشتري للبائع: «بعتَ هذا بعشرة» مثلًا، فيقول: «بعتُ» فيقبله المشتري لم يصحّ، وكذا لو أسنده إلى غير المخاطب كـ«بعتُ موكِّلَكَ»؛ بخلاف النكاح فإنه لا يصحّ إلَّا بذلك؛ لأن الوكيل ثَمَّ سفيرٌ محضٌ. وقد لا يعتبر الخطاب كما في مسألة المتوسِّط، وهي أن يقول شخص للبائع: «بعتَ هذا بكذا؟» فيقول: «نعم» أو «بِعْتُ»، ويقول للآخر: «اشتريتَ؟»، فيقول: «نعم» أو «اشتريتُ»، فينعقد البيع لوجود الصيغة. ولو كان الخطاب من أحدهما للآخر فظاهر كلام «الحاوي» الصحة، وجرى على ذلك شيخنا في «شرح

. . . .

البهجة»، والمعتمد ـ كما قال شيخي ـ عدم الصحة؛ لأن المتوسط قائمٌ مقامَ المخاطبة ولم يوجد، نعم إن أجاب المشتري بعد ذلك صحَّ فيما إذا قال البائع: «نعم» دون «بعتُ». ولا يشترط في المتوسط التكليف؛ لأن العقد لا يتعلّق به.

ولو قال: «اشتريتُ منك هذا بكذا» فقال البائع: «نعم»، أو قال: «بِعْتُكَ» فقال المشتري: «نعم» صحَّ كما ذكره في «الروضة» في باب النكاح استطرادًا وإن خالف في ذلك شيخنا في «شرح البهجة»، وعلّل ذلك: بأنه لا التماسَ فلا جواب، ويدل لصحة القبول بـ «نعم» مُتَأَخِّرَة عبارة ابن قاضي عجلون في «تصحيحه» وهي: ويمتنع الابتداء بـ «نعم» بناء على صحة القبول بها متأخرة وهو الأصح. انتهى.

الأمر الثاني: لا بدّ من إسناده إلى جُمْلَتِهِ، فلا يصح «بِعْتُهُ لِيَدِكَ» أو «لنصفك»، وذكر الرافعي في الركن الثاني من كتاب الظِّهار ضابط ما يصح إسناده إلى الجزء وما لا يصح فقال: قال الأصحاب: «ما يقبل التعليق من التصرفات تصح إضافته إلى بعض محلّ ذلك التصرّف؛ كالطلاق والعتاق، وما لا يقبله لا تصحّ إضافته إلى بعض المَحَلِّ؛ كالنكاح والرجعة». انتهى. فإن قيل: الكفالة لا يصح تعليقها وتصح إضافتها إلى جزء لا يبقى الشخص بدونه كرأسه، أجيب: بأن المراد تصح إضافته إلى أيِّ جزء كان، وهذا إلى جزء مخصوص.

تنبيه: اعتبار الصيغة جارٍ حتى في البيع الضمني لكن تقديرًا؛ كأن يقال: «أَعْتِقْ عبدَكَ عَنِّي على كذا» فيفعل، فإنه يعتق عن الطالب ويلزمه العِوَضُ كما سيأتي في الكفارة، فكأنه قال: «بِعْنِيه وأَعْتِقْهُ عني» وقد أجابه.

وسكت المصنف عن صيغة الثمن لوضوح اشتراط أنه لا بدّ من ذكره، وله صِيَغٌ:

منها: أن يقول: «بكذا» كما مرَّت الإشارة إليه، وهي الأصل.

ومنها: «على أن تعطيني كذا».

ومنها: «ولي عليك كذا»، أو يقول المشتري: «ولك عليّ كذا».

ومنها: «بعتك على ألف» ونحو ذلك.

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي.

وَلَوْ قَالَ: «بِعْنِي»، فَقَالَ: «بِعْتُكَ» انعَقَدَ فِي الأَظْهَرِ. وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ كَـ«جَعَلْتُهُ لَكَ بِكَذَا» فِي الأَصَحِّ.

(ويجوز تقدُّم لفظ المشتري) على لفظ البائع لحصول المقصود مع ذلك، ومَنَعَ الإمامُ والقفال تقدم «قبلت»، وهو قضية كلام الشيخين هنا؛ لكن ذكرا في التوكيل في النكاح أنه لو قال وكيل الزوج أوَّلًا: «قبلتُ نكاح فلانة منك لفلان» فقال وكيل الولي: «زوجتُها فلانًا» جاز، وقياسه أنه لو قال: «قبلتُ بيع هذا منك بكذا لموكِّلي أو لنفسي»، فقال: «بعتك» أنه يصحّ، وهو ظاهر؛ لأن النكاح يحتاط فيه ما لا يحتاط في البيع.

(ولو قال) شخص لآخر بصيغة الأمر: (بِعْنِي) كذا بكذا (فقال: «بعتك» انعقد) البيع (في الأظهر)؛ لدلالة «بِعْنِي» على الرضا. والثاني: لا ينعقد إلَّا إذا قال المشتري بعد ذلك «اشتريتُ» أو «قبلتُ»؛ لأنه قد يقول: «بِعْنِي» لاستبانة الرغبة. ولو قال: «اشْتَرِ مني» فقال: «اشتريت»، فكما لو قال: «بعني» فقال «بعتك»؛ قاله البغوي وصحّحه في «المجموع» وإن لم تُفهمه عبارة المصنِّف. ولو قال: «اشتريت هذا منك بكذا» فقال: «بعتك» انعقد إجماعًا كما نقله الأذرعي عن «شرح الوجيز» لابن يونس. فلو لم يأت بلفظ الأمر بأن أتى بلفظ الماضي أو المضارع ـ كقوله: «بعتني» أو «تبيعني»، فقال: «بعتُكَ» ـ لم ينعقد البيع حتى يقبل بعد ذلك، قال الإسنوي: والمتّجه أن يلحق بصيغة الأمر ما دلّ عليه؛ كاسم الفاعل والمضارع المقرون بلام الأمر.

ولا يضرّ اختلاف اللفظ من الجانبين، فلو قال: «اشتريت منك كذا بكذا» فقال البائع: «مَلَّكْتُكَ»، أو قال له البائع: «مَلَّكتك» فقال: «اشتريت» صحَّ؛ لحصول المقصود بذلك. ويصح البيع بـ«فعلتُ» في جواب «بعني»، وكذا بـ«نعم» في جواب «بعت» و «اشتريت» كما مرّت الإشارة إليه.

ثم ما ذكره المصنف صريحٌ، واستغنى عن التصريح به بقوله: (وينعقد) أي البيع (بالكناية) وهي ما تحتمل البيعَ وغيره مع النية؛ (كجَعَلْتُهُ لك) أو «خذه» أو «تسلّمه» أو «سلطتك عليه» (بكذا) ناويًا البيع، فينعقد بذلك (في الأصح)، فـ«في الأصحّ» راجع

. . . .

إلى الانعقاد بالكناية كما تقرر؛ لا إلى كون «جعلته» من الكنايات فهذا لا خلاف فيه، فلو قال «وينعقد بالكناية في الأصح؛ كجعلته لك بكذا» كما في «المحرّر» لكان أحسن. والثاني: لا ينعقد بالكناية؛ لأن المخاطب لا يدري أَخُوطِبَ ببيع أم غيره، وأجيب: بأن ذكر العوض ظاهر في إرادة البيع.

ومن الكناية «باعكه الله بكذا» كـ«أقالك الله بكذا» أو «ردّه الله عليك في الإقالة»، بخلاف «أبرأك الله» فإنه صريح كـ «طَلَّقَكِ الله»، وضابط ذلك: أن ما استقل به الشخص وحده ـ كالبراءة ـ كان صريحًا، وما لا كالبيع فكناية. وليس من كناية البيع «أبحتُكَ إياه بكذا»؛ قال في «المجموع»: «لأنه صريح في الإباحة مجانًا، فلا يكون كناية في غيرها»، وهذا هو المعتمد وإن نظر فيه بعضهم، واستثنى في «المطلب» صحة طلاق السكران بالكناية، قال بعض المتأخرين: «وقياسه منع صحة بيعه وشرائه بها». انتهى، والظاهر الصحّة في الموضعين.

وينعقد بالكناية مع النية سائرُ العقود وإن لم يقبل التعليق، فإن توفّرت القرائن على إرادة البيع قال الإمام: «وجب القطع بصحته»، والنكاحُ وبيعُ الوكيل المشروط فيه الإشهاد لا ينعقدان بها؛ لأن الشهود لا يطّلعون على النية؛ نعم إن توفرت القرائن عليه في الثانية قال الغزاليُّ: «فالظاهر انعقاده»، وأقرّه عليه في «الروضة»، وهو المعتمد خلافًا لما جرى عليه صاحب «الأنوار» من عدم الصحة؛ والفرق بينه وبين النكاح: أن النكاح يحتاط له أكثر. وصورة الشرط أن يقول: «بِعْ هذا على أن تشهد»، فإن قال: «بِعْ وأَشْهِدْ» لم يكن الإشهاد شرطًا؛ صرَّح بذلك المرعشي واقتضاه كلام غيره.

ـه والكتابة بالبيع ونحوه على نحو لوح أو ورق أو أرض كنايةٌ في ذلك فينعقد بها مع النية، بخلاف الكتابة على المائع ونحوه كالهواء فإنه لا يكون كناية لأنها لا تثبت، ويشترط القبول من المكتوب إليه حال الاطّلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان، فإذا قَبِلَ فله الخيار ما دام في مجلس قبوله، ويثبت الخيار للكاتب ممتدًا إلى أن ينقطع خيار صاحبه؛ حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صحّ

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا، . . . .

رجوعه ولم ينعقد البيع؛ أي لم يستمرَّ. وإن كتب بذلك لحاضر صحَّ أيضًا في أحد وجهين رجَّحه الزركشي كالسبكي وهو المعتمد. ولو باع من غائب كأن قال: «بعتُ داري لفلان» وهو غائب فَقَبِلَ حين بلغه الخبر صحَّ؛ كما لو كاتبه بل أَوْلَى.

فرع: يصح البيع ونحوه من المعاملات بالعجمية مع القدرة على العربية قطعًا، وفي النكاح خلاف التعبّد، والأصح فيه الصحة.

[مطلبٌ في شروط الإيجاب والقبول]

(**ويشترط أن لا يطول الفصل**) بين الإيجاب والقبول ولو بكتابة أو إشارة أخرس، وقوله: (**بين لفظيهما**) مثالٌ، ولو عبّر بما قدّرْتُهُ كان أَوْلَى، فإن طال ضرَّ؛ لأن طول الفصل يُخرج الثاني عن أن يكون جوابًا عن الأوّل، والطويل[١] ـ كما قال في «زيادة الروضة» في النكاح ـ هو ما أشعر بإعراضه عن القبول، بخلاف الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول.

ويضرّ تخلّل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيرًا بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرَّقا عن المجلس؛ لأن فيه إعراضًا عن القبول، بخلاف اليسير في الخلع، وفُرِّقَ: بأن فيه من جانب الزوج شائبة تعليق، ومن جانب الزوجة شائبة جعالة، وكُلٌّ منهما موسع فيه محتمل للجهالة، بخلاف البيع. وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ممن يريد أن يتمّ العقد أو غيره، وهو كذلك كما يؤخذ من كلام القاضي الحسين. ومِنْ عَدِّهم في باب الخلع الرِّدَّةَ من الموجب كلامًا يسيرًا؛ أي أجنبيًا، ولأن الموجب تعلّقه بالعقد باقٍ ما لم يقع القبول، فإنه لو جُنَّ أو خرج عن الأهلية لم يصح القبول وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين فشرط أن يكون ذلك من القابل. والمراد بـ«الكلام» ما يشمل الكَلِمَ والكلمة لا المصطلح عليه عند النحاة. وخرج بـ«الأجنبيّ» غيره فلا يضر، وفسّر في «الأنوار» الأجنبي: بأن لا يكون من مقتضى العقد ولا من مصالحه

(١) المعتمد أنّه بقدر ما يقطع القراءةَ في الفاتحة، وهو الزائد على سَكْتَةِ التنفُّس، أو القصير إذا قصد به الإعراض؛ بخلاف السكوت الطويل لعذرٍ من جهلٍ أو نسيانٍ فيضرُّ كالفاتحة.

. . . .

ولا من مستحبَّاته، قال: فلو قال المشتري: «بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قَبِلْتُ» صحَّ. انتهى، وهذا إنما يأتي على طريقة الرافعي، أما على ما صحّحه المصنف في باب النكاح فهو ليس بمستحبّ؛ لكنه لا يضر كما في النكاح.

ويشترط أيضًا أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب، فلو مات المخاطب به قبل قبوله فَقَبِلَ وارثه لم ينعقد، وكذا لو قَبِلَ وكيله أو موكله كما هو مقتضى كلام الأصحاب، وجزم به ابن المقري في «شرح إرشاده»، خلافًا للناشري القائل بالصحة في الموكل. وأن يُصِرَّ البادي على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول، وأن تبقى أهليته كذلك، فلو أوجب بمؤجّل أو شرط الخيار ثم أسقط الأجل أو الخيار أو جُنَّ أو أُغمي عليه مثلًا لم يصح العقد؛ لضعف الإيجاب وحده. وأن يتلفَّظ كُلٌّ منهما بحيث يسمعه من بقربه وإن لم يسمعه صاحبه. وأن لا يكون العقد مؤقتًا، فلو قال: «بعتُكه بكذا شهرًا» مثلًا لم يصح. وأن لا يكون معلَّقًا بما لا يقتضيه العقد، فلو قال: «إن جاء زيد فقد بعتك كذا» لم يصحّ، بخلاف ما إذا علّق بما يقتضيه العقد كقوله: «بعتك هذا بكذا إن شئت» فقال: «اشتريتُ»، أو قال: «اشتريتُ منك هذا بكذا إن شئت» فقال: «بعتُكَ» صحَّ، ولا يضر هذا التعليق لأنه تصريح بمقتضى العقد، فأشبه ما لو قال: «إن كان هذا ملكي فقد بعتكه بكذا»، ولو قال في الجواب: «شِئْتُ» لم يصح؛ لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك. والظاهر ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ أنَّ «إن رضيت» أو «إن أجبت» أو «إن اخترت» أو «إن أردت» كـ«إن شئت». ولو قال: «بعتك إن قبلت» فَقَبِلَ صحَّ كما صحّحه الماوردي. ولو قال: «اشتريت منك بكذا» فقال: «بعتك إن شئتَ» لم يصح كما قاله الإمام؛ لاقتضاء التعليق وجود شيء بعده ولم يوجد، فلو قال بعده: «اشتريتُ» أو «قبلت» لم يصح أيضًا؛ إذ يبعد حمل المشيئة على استدعاء القبول وقد سبق فيتعين إرادتها نفسها، فيكون تعليقًا محضًا وهو مبطل، ولو قال: «إن شئت بعتكه» لم يصح؛ لأن فيه تعليقًا لأصل العقد وهو ممتنع.

تنبيه: يُستثنى من اشتراط عدم التعليق مسألة الوكيل في شراء الجارية إذا قال الموكِّلُ: «إن كنت أمرتُكَ بعشرين فقد بعتكها بها»، وما لو قال: «إن كان ملكي فقد

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الإِيجَابِ، فَلَوْ قَالَ: «بِعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ»، فَقَالَ: «قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ» لَمْ يَصِحَّ.

بعتكه»، ولو علق بمشيئة الله تعالىٰ فله ثلاث حالات مرّت في الوضوء والقياسُ مجيئها هنا.

ولا بدّ أن يتأخر القبول عن تمام الإيجاب ومصالحه، فلو قال: «بعتك هذا الثوب بألف درهم مؤجَّلة إلى شهر بشرط خيار الثلاث» فَقَبِلَ قَبْلَ أن يفرغ البائع منه بطل؛ كما لو قال: «زوجتك ابنتي على ألف درهم مؤجَّلة إلى شهر» فَقَبِلَ قبل الفراغ منه.

(وأن يقبل على وفق الإيجاب) في المعنى[1]؛ كالجنس والنوع والصفة والعدد والحلول والأجل، (فلو[2] قال: بعتُكَ) هذا العبد مثلًا (بألف مكسَّرة[3]، فقال: قبلتُ بألف صحيحة[4]) أو عكسه كما فُهِمَ بالأَوْلَى، أو: «بعتُكه بألف» فَقَبِلَ بألف وخمسمائة، أو: «بألف» فَقَبِلَ بخمسمائة، أو قبل بعض المبيع، أو قبل نصيب أحد البائعين؛ كأن قالا: «بعناك عبدنا بألف» فقبل نصيب أحدهما (لم يصح[5])؛ لاختلاف المعنى.

يُعَدُّ توافق في المعنى

ولو قال المخاطب فيما لو قيل له: «بِعْتُكَ بألف»: «قبلتُ نصفه بخمسمائة ونصفه الآخر بخمسمائة» صحّ عند المتولّي، وجزم به ابن المقري وهو المعتمد وإن مال الإسنوي إلى البطلان؛ إذ لا مخالفة بذكر مقتضى الإطلاق، واستشكله الرافعي: بأن

---

(١) أي لا لفظًا؛ حتى لو قال: «وهبتُكه بكذا» فقال المشتري: «اشتريت» أو عَكَسَ صحَّ مع اختلاف صيغتهما لفظًا.

(٢) تفريع على مفهوم الشرط، ومحلُّ ذلك ما لم تُسَاوِ قيمة الصِّحاح قيمة المكسَّرة، أمَّا إذا تساويا فإنَّه يصحُّ؛ لكن في «البرماويّ» و«الحلبيّ»: «وإن تساوت قيمتهما»، واعتمده كلامهما الحفنيُّ.

(٣) وهي قطع نقدٍ مضروبةٍ، لا نحو أنصاف القروش وأرباعها، وقال: «ق ل» على «المحليّ»: «المراد بالمكسَّرة قطع صغار تقرض من نحو الدنانير لشراء الحوائج الصغيرة»، وهو الوجه لإخراج نحو القروش.

(٤) ومثله ما لو أوجب بألفٍ فقبل بألف من نقد آخر مخالف للأوّل في السِّكَّة دون القيمة فإنه لا يصح.

(٥) أي لقبوله ما لم يُخَاطَبْ به.

وَإِشَارَةُ الأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ.

أوجب له عقدًا فَقَبِلَ عقدين لتعدّد الصفقة بتفصيل الثمن، قال في «المجموع»: «والأمر كما قال الرافعي ـ أي من الإشكال ـ لكن الظاهر ـ أي من حيث النقل ـ الصحّة». أما الموافقة لفظًا فلا تشترط، فلو قال: «بعتُكَ» فقال: «اشتريت» أو نحوه صحّ، ولو قال: «بعتك هذه الدار مثلًا بألف على أن لي نصفها» صحّ، كما لو قال: «إلَّا نصفها».

ولا ينعقد البيع بالألفاظ التي بمعنى الهبة؛ كـ «أعمرتُك» أو «أرقبتُك» كما جزم به في «التعليقة» تبعًا لأبي علي الطبري، فليس بصريح ولا كناية خلافًا لبعض المتأخرين، وإنما صحّت الهبة بهذا اللفظ للنصّ. ولو قال: «أسلمتُ إليك كذا في هذا الثوب» مثلًا فَقَبِلَ لم ينعقد بيعًا ولا سَلَمًا كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالىٰ.

ولا بدّ أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع كما في نظيره في الطلاق، فلو لم يقصده أصلًا؛ كمن سَبَقَ لسانه إليه، أو قصده لا لمعناه؛ كمن لَقَّنَ أعجميًّا ما لا يعرف مدلوله لم ينعقد، نعم إن قصد البيع أو غيره هازلًا صحّ كما في الطلاق.

[حكم إشارة الأخرس وكتابته بالعقد]

(وإشارة الأخرس) وكتابته (بالعقد كالنطق) للضرورة؛ لأن ذلك يدل على ما في فؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق. ولا حاجة إلى قوله من زيادته: «بالعقد»؛ بل قال السبكي: إنها مُضِرَّةٌ؛ لأن الفسخ والدعاوى والأقارير ونحو ذلك كذلك، ولكن احترز به عن إشارته في الصلاة وبالشهادة وفيما إذا حلف لا يتكلَّم أو حُلِفَ عليه فليس لها حكم النطق. وأعاد المصنف هذه المسألة في الطلاق وضَمَّ الحلَّ إلى العقد، وسيأتي فيه إن شاء الله تعالىٰ أن إشارته إن فهمها الفَطِنُ وغيره فصريحة، أو الفَطِنُ فقط فكناية.

تنبيه: قال بعض المتأخرين: ويحتاج المصنف أن يزيد فيه فيقول: كـ«النُّطق فيه»، وإلَّا يلزمه أن يكون قبول الأخرس البيع في الصلاة كقبول النطق فتبطل صلاته.

[الركن الثاني: العاقد]

ثم شرع في الركن الثاني وهو العاقد، وقدمه على المعقود عليه لِتَقَدُّمِ الفاعل على

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ: الرُّشْدُ؛ ....

المفعول طبعًا، فقال: (وشرط العاقد) بائعًا أو مشتريًا (الرشد)، وهو أن يتّصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله، فلا يصحُّ من صبيّ[1] وإن قصد اختباره، ولا من مجنون، ولا من محجور عليه بسفه ولو بغبطة، وإنما صحّ بيع العبد من نفسه؛ لأن مقصوده العتق.

تنبيه: قال المصنف في «دقائقه»: إن عبارته أصوب من قول «المحرَّر»: «يعتبر في المتبايعين التكليف»؛ لأنه يَرِدُ عليه ثلاثة أشياء:

أحدها: أن ينتقض بالسكران، فإنه يصح بيعه على المذهب مع أنه غير مكلَّف كما تقرّر في كتب الأصول.

الثاني: أنه يَرِدُ عليه المحجور عليه بسفه، فإنه لا يصح بيعه مع أنه مكلَّف.

والثالث: المُكْرَهُ بغير حَقٍّ، فإنه مكلَّفٌ ولا يصح بيعه.

قال: ولا يَرِدُ واحد منها على «المنهاج». انتهى؛ بل ولا على «المحرر»، أما السكران ففي كونه مكلَّفًا خلافٌ، وقد نصَّ الشافعي رحمه الله تعالىٰ على أنه مكلَّف فقال: وهذا ــ أي السَّكران ــ آثمٌ مضروبٌ على السكر غير مرفوع عنه القلم. انتهى، وسيأتي تحريره في الطلاق إن شاء الله تعالىٰ، وأما السَّفيه والمُكْرَهُ فلأن معنى قوله: «ويعتبر في المتبايعين التكليف» أنه لا بدّ في كل بيع منه وهو صحيح، ولا يلزم عكسه وهو اعتبار بيع كل مكلّف، ولكن التعرّض لهما أحسن؛ لكن لا يردان على «المحرَّر»، واعترضَ عليه بأمور كما يدين الشخصُ يُدَانُ:

أحدها: أن تعبيره يخرج السكران أيضًا كما أخرجه قيد التكليف عند الأصوليين إلَّا أن يفرض في سُكرٍ لا يخرجه عن الرشد لجهلٍ أو إكراهٍ وهو نادر.

---

(١) ثمّ إن تلف أو أتلف ما قبضه ففيه تفصيل: فإن قبضه من رشيد ضاع على صاحبه؛ لأنه مضيِّعٌ لماله، ويلزم الرشيد ردُّ الثمن للوليّ، وأمّا إن قبض من غير رشيد فيضمن كُلَّ ما أخذه من صاحبه إن كان بغير إذن الوليّ، فإن كان بإذن الوليّ فالضمان على الوليّ؛ لأنّه الذي ورّطه.

شروط العاقد ← شروط المطلق / شروط بالقيد

قُلْتُ: وَعَدَمُ الإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ. . . . .

ثانيها: أنه يَرِدُ عليه الفاسق، فإن بيعه صحيح وليس برشيد؛ إذ الرشد صلاح الدين والمال.

وثالثها: أنه يَرِدُ عليه أيضًا من طرأ سفهه بعد فَكِّ الحجر عنه، فإنه لا بدّ من إعادة الحجر عليه، فإذا باع قبل إعادة الحجر عليه صحَّ مع أنه ليس برشيد.

ورابعها: أن عبارته تتناول الصبيّ كما قال بعضهم، فإنه وصفه بالرشد في قوله في الصيام: «أو صبيان رشداء».

وخامسها: الأعمى لا يصح بيعه ولا شراؤه كما سيأتي آخر الباب مع أنه رشيد.

ولو عبّر بـ«مطلق التصرّف» لَسَلِمَ من ذلك. يشكل على الشارح: بالبلوغ عقل رشد

(قلتُ: وعدم الإكراه[1] بغير حق)، فلا يصح عقد مُكْرَهٍ[2] في ماله[3] بغير حق؛ لقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولا أثر لقول المُكْرَهِ بغير حق إلَّا في الصلاة فتبطل به في الأصح، ولا لفعله إلَّا في الرضاع والحدث والتحوّل عن القِبلة وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل ونحوه في الأصح، وكل هذا يأتي في باب الطلاق إن شاء الله تعالىٰ. ويَرِدُ على الأول ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع ماله أو عتق عبده وما أشبه ذلك فإنه ينفذ، وعلى الثاني ما لو أكرهه على إتلاف مال الغير أو أكله أو تسليم الوديعة فإنه يضمن الجميع، وما لو أكره مجوسيٌّ مسلمًا على ذبح شاة، أو مُحْرِمٌ حلالًا على ذبح صيد فذبحه فإنه يحلّ، وما لو أكرهه على غسل ميت لم يتوجه عليه غسله فإنه يصح، وما لو أكره على وَطْءِ زوجته أو أَمَتِهِ فأحبلها فإنه يصح، ويستقر للزوجة به المهر، وللأَمَةِ أُمِّيَّةُ الولد، وحلّت الزوجة

---

(١) أي إن لم توجد قرينة تدلُّ على الاختيار، فإن وجدت صحَّ.

(٢) قال في «شرح العباب»: ومحلُّه إن لم يقصد إيقاع البيع وإلَّا صحَّ كما بحثه الزركشيُّ أخذًا من قولهم: لو أكره على إيقاع طلاق فقصد إيقاعه صحَّ القصد «سم». فالصريح في حقِّ المكره كناية كما ذكروه في الطلاق.

(٣) مثله وكيلٌ أُكره على بيع ما وُكِّلَ في بيعه.

. . . .

للمُطَلِّقِ ثلاثًا، وما لو حضر المُحْرِمُ عرفة مُكْرَهًا فإنه يصح وقوفه.

أما الإكراه بحق فيصح إقامة لرضا الشرع مقام رضاه، وصَوَّره في «الروضة» بمن توجّه عليه دينٌ وامتنع من الوفاء والبيع، فإن شاء القاضي باع ماله بغير إذنه لوفاء دينه، وإن شاء عَزَّره وحبسه إلى أن يبيعه، قال السبكي: «وكان بعض مشايخنا يصوّره بمن أمر عبده بالبيع فامتنع فأكرهه فإنه يصح؛ لأنه من الاستخدام الواجب»، وصَوَّره بعضهم بما إذا أسلم عبدٌ لكافر محجور عليه، فإن الحاكم يجبر الوليّ على بيعه، قال الإسنوي: ومن صُوَرِهِ: ما إذا أذن شخص لعبد غيره في بيع ماله، قال: فللسيد إكراهه على بيعه.

ويصح بيع المُصَادَرِ ــ بفتح الدال ــ من جهة ظالم؛ بأن باع ماله لدفع الأذى الذي ناله؛ لأنه لا إكراه فيه؛ إذ مقصود من صادر تحصيل المال من أي وجه كان.

فروع: لو أتلف الصبيُّ أو تلف عنده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيدٍ وأقبضه له لم يضمن؛ لأن المُقْبِضَ هو المُضَيِّعُ لماله، هذا في الظاهر أما في الباطن فيغرم بعد البلوغ كما نصَّ عليه في «الأم» في باب الإقرار. أو من صبيّ مثله ولم يأذن الوَلِيَّانِ ضمن كُلٌّ منهما ما قبض من الآخر، وإن كان ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما فقط لوجود التسليط منهما. وعلى البائع للصبي رَدُّ الثمن إلى وَلِيِّهِ، فلو ردّه إلى الصبيّ ولو بإذن الوليّ وهو ملك الصبي لم يبرأ منه أو للولي برىء منه، ومحل عدم البراءة بالدفع للصبي بإذن وليّه ـ كما قال الزركشي ـ ما إذا لم يكن في مصلحة تتعلق ببدنه من مأكل ومشرب ونحوهما وإلَّا بَرِىءَ.

ولو قال شخص لآخر له عنده وديعة: «سَلِّمْ وديعتي إلى الصبيّ» أو «أَلْقِهَا في البحر» ففعل برىء؛ لأنه امتثل أمره في حقّه المتعين، بخلاف ما لو قال ذلك لمن له عليه دين فإنه لا يبرأ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلَّا بقبض صحيح.

ولو أعطى صبيٌّ دينارًا لنَقَّادٍ ينقده أو متاعًا لمقوّم يُقَوِّمُهُ ضمن مَنْ أخذه إن لم يَرُدَّهُ لوليّه إن كان للصبي، أو لمالكه إن كان لغيره. ولو أوصل صبيٌّ هدية إلى غيره وقال:

وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ، . . . .

«هي من زيد» مثلًا، أو أخبر بالإذن بالدخول عُمِلَ بخبره مع ما يفيد العلم أو الظَّنَّ من قرينة أو أمن قوله؛ لاعتماد السلف عليه في ذلك حينئذ، وكالصبي في ذلك الفاسق كما نقله في «المجموع» عن الأصحاب.

[حكم شراء الكافر المصحف وكتب الحديث وآثار السلف]

(ولا يصح شراء الكافر) ولو مرتدًّا لنفسه أو لمثله (المصحف[(١)]) كُلَّهُ أو بعضه، ولا يتملكه بسَلَمٍ ولا بهبة ولا وصية، ولا كتب حديثٍ ولا آثار سَلَفٍ، ولا كتب فقهٍ فيها شيء من الثلاثة؛ لما في ذلك من الإهانة لها، قال الأذرعي في «القوت»: والمراد بـ«آثار السلف» حكاياتُ الصالحين[(٢)]؛ لِمَا في ذلك من الإهانة[(٣)] والاستهزاء بهم. قال السبكي: «والأحسن أن يقال: كُتُبَ عِلْمٍ وإن خلَتْ عن الآثار تعظيمًا للعلم الشرعي». انتهى، وهذا لا بأس به، قال ابنه: «وتعليله يفيد جواز تملّكه كتب علوم غير شرعية، وينبغي منعه من تملك ما يتعلق منها بالشرع ككتب النحو واللغة»، قال شيخنا: «وفيما قاله نظرٌ؛ أي بل الظاهر الجواز»، وهو كذلك. ولو نسخ الكافر مصحفًا أي أو شيئًا مما ذكر من كتب حديث أُمِرَ بإزالة الملك عنه. قال ابن عبد السلام: «ولا

(١) المراد بالمصحف ما فيه قرآن وإن قَلَّ، وذلك يشمل التميمة، وهو متَّجه. وخرج بـ«المصحف» جلدُه المنفصل عنه، فيصحُّ بيعه للكافر وإن لم تنقطع نسبته عنه «سم»، نعم يُتَسَامَحُ بتمليك الكافر الدراهم والدنانير التي عليها شيء من القرآن للحاجة إلى ذلك، ويُلحق به فيما يظهر ما عمَّت به البلوى من شراء أهل الذِّمَّة الدُّورَ وقد كُتب في سقفها شيءٌ من القرآن، فيكون مغتفرًا للمسامحة به غالبًا؛ إذ لا يُقصد به القرآنيَّة؛ كما وسموا نَعَمَ الجزية بذكر الله تعالى مع أنَّها قد تتمرَّغ في النجاسة. ومثل القرآن الحديثُ ولو ضعيفًا فيما يظهر؛ إذ هو أَوْلَى من آثار السَّلف؛ بخلاف ما إذا خلت عن الآثار وإن تعلَّقت بالشرع؛ ككتب نحو فقه خلا عن اسم الله. ويمنع الكافر من وضع يده على المصحف لتجليده كما قاله ابن عبد السلام وإن رُجي إسلامه؛ بخلاف تمكينه من القراءة؛ لما في تمكينه من الاستيلاء عليه من الإهانة؛ «شرح م ر» و«ع ش».

(٢) كطبقات الشعرانيِّ، أمَّا الخالية ـ ككتب نَحْوٍ ولغةٍ ـ فيصحُّ وإن تعلَّقت بالشرع خلافًا لبعضهم.

(٣) يؤخذ منه بالأَوْلَى أنَّه يحرم على المسلم إذا استفتاه ذميٌّ أن يكتب له في السُّؤال والجواب لفظ الجلالة، فتنبَّه له فإنَّه يقع كثيرًا الخطأ فيه؛ «ع ش» على «م ر».

وَالْمُسْلِمَ فِي الأَظْهَرِ؛ إِلَّا أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ . . . .

يُمَكَّنُ الكافر من تجليد المصحف». انتهى، ولا يسلم إليه ولو رُجِيَ إسلامه، بخلاف تمكينه من القراءة لما في تمكينه من الإهانة، وقد عَمَّت البَلْوَى بتملك أهل الذمة الدراهم والدنانير وعليها الآيات من القرآن، ولم ينكر ذلك أحدٌ من السلف ولا من الخلف، قال بعض المتأخرين: «وكأنه سُومح في ذلك للحاجة».

[حكم شراء الكافر العبد المسلم واستئجاره وارتهانه]

(و) لا يصح شراء الكافر العبد (المسلم) لنفسه ولا لمثله؛ لما فيه من إذلال[1] المسلم، ولقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١]. وقوله: (في الأظهر) ظاهره أنه راجع للمسألتين، وهو صحيح في شراء المسلم، وأما في المصحف فلا؛ بل الأصح فيه وفيما ذكر معه في «الشرحين» و«الروضة» و«التهذيب» القطع بالبطلان، وفرّق الشافعي في «الأم»: برجاء العتق، والرافعي: بأن العبد يمكنه الاستغاثة ودفع الذل عن نفسه، ومقابله: يصح ذلك ويُؤمر بإزالة الملك.

أما لو اشترى ما ذكر الكافرُ للمسلم فإنه يصح لانتفاء المحذور، ويفارق منع إنابة المسلم كافرًا في قبول نكاح مسلمة: باختصاص النكاح بالتعبد لحرمة الأبضاع، وبأن الكافر لا يتصور نكاحه لمسلمة، بخلاف ملكه لمسلم كما سيأتي.

ولا يتملك الكافرُ مرتدًا كما صحّحه في «المجموع» لبقاء عُلْقَةِ الإسلام، ولا شراء المسلمِ العبدَ المسلمَ بالوكالة لكافر؛ قاله في «الروضة». والمُصْحَف وما ذكر معه كالعبد المسلم في ذلك.

(إلّا أن يعتق عليه) وذلك في ثلاث صور:

الأولى: إذا كان المبيع أصلًا أو فرعًا للمشتري.

الثانية: إذا قال: «أَعْتِقْ عبدَكَ المسلم عني» بعوضٍ أو بغيره وأجابه.

(١) عبّر بالإذلال في جانب المسلم، والإهانة في المصحف؛ لأنه يعتبر في حقيقة الإذلال أن يكون للمُذَلّ شعور يميز به بين الحسن والقبيح في الجملة «ع ش»، ولأنّه يقال عند رؤية المصحف في يد من لا يعظمه: «أهانه»، ولا يقال: «أذلّه»، والمسلم بالعكس.

فَيَصِحُّ فِي الأَصَحِّ، ....

الثالثة: إذا أقرّ بحرية عبد مسلم ثم اشتراه؛ قاله الإسنوي؛ لكن الصحيح في هذه الثالثة: أنه افتداء من جهة المشتري لا شراء.

(فيصحُّ) ـ بالرفع ـ أي فإنه يصح شراؤه، ويملكه في هذه الصور المذكورة (في الأصح)؛ لأنه يستعقب العتق فلا إذلال. وإنما قيدت كلام المصنف بـ«الرفع» تبعًا للشارح ليكون مستأنفًا؛ إذ لو كان منصوبًا لكان من دخول الاستثناء، فيلزم استثناء الشيء من نقيضه؛ أي يلزم استثناء الصحة من عدم الصحة وهو فاسد. والثاني: لا يصح؛ إذ لا يخلو عن إذلال.

وللكافر استئجار العبد المسلم ولو إجارة عين، وله استئجار مصحف ونحوه؛ إذ لا يثبت له على شيء منها تسلط تامّ، وإنما يستوفي منفعته بعوض، وقد أجّر علي رضي الله تعالىٰ عنه نفسه لكافر[1]. ومحلّه ـ كما قال الزركشي ـ في غير الأعمال المُمْتَهَنَةِ، أما فيها ـ كإزالة قاذوراته ـ فتمتنع قطعًا. ويُؤمر في إجارة العين بإجارته لمسلم كما في «المجموع»؛ ليزيل ملكه عن المنفعة كما يزيل ملكه عن الرقبة كما سيأتي، بخلاف إجارة الذمة؛ لأن الأجير فيها يمكنه تحصيل العمل بغيره.

وله ارتهانه وارتهان المصحف وما ألحق به لأنه مجرد استيثاق، قال ابن المقري: «وتُرفع يده عنهما فيوضعان عند عدل»، وقضيته أنه يتسلمهما أوّلًا، وقضية كلام

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سننه»، أبواب الرُّهون، باب الرجل يستقي كُلَّ دلو بتمرة / ٢٤٤٦/ عن ابن عباس قال: «أصاب نبيَّ الله ﷺ خصاصةٌ، فبلغ ذلك عليًا، فخرج يلتمس عملًا يصيب فيه شيئًا ليُقِيتَ به رسول الله ﷺ، فأتى بستانًا لرجل من اليهود فاستقى له سبعة عشر دلوًا، كُلَّ دلوٍ بتمرةٍ، فخيَّره اليهوديُّ من تمره سبع عشرةَ عجوةً، فجاء بها إلى نبيِّ الله ﷺ».
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب الإجارة، (٣/١٤٦ـ١٤٧)، وقال: حديث عليٍّ أنّه آجر نفسَهُ من يهوديٍّ يستقي له كُلَّ دلوٍ بتمرةٍ أخرجه ابن ماجه والبيهقيُّ من حديث ابن عباس، وفيه حنشٌ راويه عن عكرمة عنه، وهو مضعَّف، وسياق البيهقي أتمُّ، وعندهما أن عدد التمر سبعة عشر. ورواه أحمد من طريق عليٍّ بسندٍ جيِّدٍ، ورواه ابن ماجه بسند صحَّحه ابن السَّكن مختصرًا قال: «كنت أدلو الدّلو بتمرةٍ، واشترط أنها جلدةٌ».

. . . .

«الروضة» أنه لا يُمَكَّنُ من ذلك بل يسلّم أوّلًا للعدل، قال الأذرعي: «ويحتمل أن يقال: ويسلم إليه الرقيق ثم ينزع حالًا؛ إذْ لا محذور كما في إيداعه منه، بخلاف المصحف فإنه مُحْدِثٌ مكلّف فلا يسلَّم إليه»، وهذا ـ كما قال شيخنا ـ مُتَّجه. وينبغي أن يكون غير المصحف مما ألحق به كالعبد أخذًا من العِلَّةِ.

ولا يصح شراء الكافر رقيقًا مسلمًا بشرط الإعتاق لأنه لا يستعقب العتق.

ـــه ولو أسلم رقيق الكافر أُمِرَ بإزالة الملك عنه ببيع أو هبة أو عتق أو وقف أو نحو ذلك؛ دفعًا للإهانة والإذلال، وقطعًا لسلطنة الكافر على المسلم، ولا يحكم بزوال ملكه؛ بخلاف ما لو أسلمت الزوجة تحت كافر إذ ملك النكاح لا يقبل النقل فتعين البطلان بخلاف ملك اليمين، ولا يكفي رهنه ولا إجارته ولا تزويجه ولا تدبيره ونحو ذلك؛ لأنها لا تفيد الاستقلال، وهل المراد أن ذلك لا يصح أو يصح لكنه لا يكفي؟ قال الزركشي: «فيه نظر، والأقرب الأوّل». ولا يكفي وقفه على ذِمّيٍّ على المتّجه، ويكفي كتابته وإن لم يُزَلْ بها الملكُ لإفادتها الاستقلال.

[الصُّور التي يدخل فيها الرقيق المسلم في ملك الكافر]

مهمة: يدخل المسلم في ملك الكافر ابتداءً في أربعين صورةً، وها أنا أسردها لك تتميمًا للفائدة:

الأولى والثانية من صور استعقاب العتق المذكورات.

الثالثة: الإرث؛ كأن يموت كافر عن ابن كافر ويخلف في تركته عبدًا مسلمًا.

الرابعة: الردّ بالعيب.

الخامسة: الإفلاس.

السادسة: الإقالة.

السابعة: أن يرجع إليه بتلف مقابله قبل القبض، وفي معناه ما إذا أتلفه مُتْلِفٌ فإنّا نُخيِّر البائع فإذا اختار الفسخ عاد العبد إلى ملكه.

. . . .

الثامنة: أن يبيعه بثوب ثم يجد بالثوب عيبًا فيردّه.

التاسعة: إذا تبايع كافران عبدًا كافرًا فأسلم قبل القبض تخيّر المشتري، فإن فسخ دخل في ملك البائع.

العاشرة: إذا باع كافر مسلمًا لمسلم بشرط الخيار للمشتري ففسخ.

الحادية عشر: تبايع كافران كافرًا بشرط الخيار للبائع فأسلم فيدخل في ملك المشتري بانقضاء خيار البائع.

الثانية عشر: أن يردَّه لفوات شرط؛ كالكتابة والخياطة.

الثالثة عشر: اشترى ثمرةً بعبدٍ كافرٍ فأسلم ثم اختلطت وفسخ.

الرابعة عشر: باع كافر عبدًا مغصوبًا لقادر على انتزاعه فعجز قبل قبضه فله الفسخ، وكذا لو باعه فغصب قبل القبض.

الخامسة عشر: إذا باعه لمسلم رآه قبل العقد ثم وجده متغيرًا فله الفسخ.

السادسة عشر: باعه لمسلم ماله في مسافة القصر فللكافر الفسخ.

السابعة عشر: باعه بصُبْرَة طعام فظهر تحتها دَكّة فله الفسخ.

الثامنة عشر: جعله رأس مال سَلَمٍ فانقطع المُسْلَمُ فيه فله الفسخ.

التاسعة عشر: أقرضه فأسلم في يد المقترض جاز للمقرِضِ الرجوع.

المتمّمة عشرين: ورث عبدًا مسلمًا أو كافرًا فأسلم ثم باعه فظهر دينٌ على التركة ولم يُقْضَ فيفسخ البيع ويعود إلى ملكه متعلّقًا به الدين.

الحادية والعشرون: وَكّل كافرًا في شراء كافر فاشتراه ثم أسلم وظهر أنه معيب وأخّر الوكيل الردّ فإنه يقع عن الوكيل.

الثانية والعشرون: اشترى عاملُ القراض الكافر عبيدًا للقراض ثم اقتسما بعد إسلامهم.

. . . .

الثالثة والعشرون: أن يجعله أجرة أو جُعْلًا ثم يقتضي الحال الفسخ.

الرابعة والعشرون: الفسخ بالتحالف.

الخامسة والعشرون: أن يُصْدِقَ الكافر زوجته عبدًا كافرًا فيسلم ثم يرجع كلُّه أو بعضه إلى الزوج بطلاق أو فسخ.

السادسة والعشرون: أن يلتقط المُلْتَقِطُ محكومًا بكفره بشرطه إما لعدم تمييزه أو وقت نهبٍ وغارةٍ فأسلم ثم أثبت كافرٌ أنه ملكه فإنه يرجع فيه؛ لأن تملك الالتقاط كالتملُّكِ بالقرض.

السابعة والعشرون: أن يقف على كافر أَمَةً كافرةً فتسلم ثم تأتي بولد فهو مسلم يملكه الموقوف عليه.

الثامنة والعشرون: أن يوصي لكافر بما تحمله أَمَتُهُ من زوجها الكافر فيقبل ثم تُسلم الجارية وتأتي بولد.

التاسعة والعشرون: أن يخالع الكافر زوجته الكافرة على عبد كافر فيسلم، ثم يقتضي الحال فسخ الخلع بعيب أو فوات شرط.

المتمِّمة ثلاثين: أن يتزوج كتابيٌّ أَمَةً كافرةً لكتابي ثم تُسلم وتأتي بولد فإنه يكون مسلمًا مملوكًا لسيدها.

الحادية والثلاثون: إذا أولد كافرٌ أَمَةً مسلمة لولده كلها أو بعضها انتقلت إليه وصارت مستولدةً له.

الثانية والثلاثون: إذا وَطِىءَ مسلمٌ أَمَةً كافرة ظانًّا أنها زوجته الأمة فالولد مسلم مملوك للكافر.

الثالثة والثلاثون: إذا أسلم عبدٌ لكافر بعد أن جَنَى جناية توجب مالًا يتعلق برقبته وباعه بعد اختيار الفداء، فتعذر تحصيل الفداء أو تأخّر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس، فينفسخ البيع فيعود إلى ملكه ثم يباع في الجناية.

وَلَا الْحَرْبِيِّ سِلَاحًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الرابعة والثلاثون: أن يكاتب الكافر عبدًا مسلمًا أو كافرًا فيسلم، ثم يشتري المكاتَبُ عبدًا مسلمًا أو تأتي أَمَتُهُ المسلمة بولد من نكاح أو زنًا، ثم يُعَجِّزُ نفسه ويفسخ الكتابة، فيدخل الولد أو العبد في ملك الكافر.

الخامسة والثلاثون: إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام، وكانت الغنيمة أطفالًا ونساءً وعبيدًا وأسلموا بالاستقلال أو التبعية ثم اختار الغانمون التملك كان للإمام أن يرضخ للكافر مما وُجِدَ لتقدم سبب الاستحقاق.

السادسة والثلاثون: أن يكون بين كافرين أو كافر ومسلم عبيد مسلمون أو بعضهم واقتسموا.

السابعة والثلاثون: أن يعتق الكافر نصيبه من عبد مسلم، فإن الباقي يدخل في ملكه ويُقَوَّم عليه كما نقله في «المجموع» في البيع عن البغوي وأقرَّه.

الثامنة والثلاثون: إذا وهبه لفرعه فأسلم في يده فله الرجوع فيه.

التاسعة والثلاثون: إذا أقرّ بحرية مسلم في يد غيره ثم اشتراه كما ذكر هنا وإن كان ذلك في الحقيقة افتداء.

المتمِّمة أربعين: أن تُسلم مستولدة الكافر ثم تأتي بولد من نكاح أو زنا فإنه يكون مسلمًا مملوكًا له ويثبت له حكم أُمّهِ.

والشامل لجميع هذه الصور ثلاثة أسباب: **الأول**: الملك القهريّ. **الثاني**: ما يفيد الفسخ. **الثالث**: ما يستعقب العتق، فَاسْتَفِدْ ذلك فإنه ضابط مُهِمٌّ.

[حكم شراء الحربيِّ والذِّمِّيِّ السِّلاحَ]

(ولا) يصح شراء (الحربي سلاحًا)؛ كسيف ورمح، أو غيره من عدَّة الحرب كدرع وترس، (والله أعلم)؛ لأنه يستعين بذلك على قتالنا[١]، بخلاف الذميّ[٢] في دارنا فإنه

(١) فالمنع منه لأمرٍ لازم لذاته، وهو الاستعانة على قتالنا؛ أي ظَنُّهَا، فألحق بالذاتيّ في اقتضاء المنع فيه؛ أي بسببه للفساد؛ «حج» مع زيادة.

(٢) وبخلاف البّاغي وقاطع الطريق؛ لسهولة تدارك أمرهما؛ «شرح م ر».

وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ: ....

في قبضتنا[١]، وبخلاف عدَّة غير الحرب ولو مما يتأتَّى منه كالحديد؛ إذ لا يتعين جَعْلُهُ عدَّةَ حرب[٢]، فإن غلب على الظن أنه يعمله سلاحًا كان كبيع العنب لعاصر الخمر وسيأتي في المناهي. أما الذميّ في دار الحرب فهو كالحربيّ، ومقتضى كلام المصنف أن المستأمِنَ كالذميّ، والأوجه ـ كما قاله الإسنوي ـ أنه كالحربي.

تنبيه: صرَّحوا في صلاة الخوف بأن الترس والدرع ليسا من السلاح، وهو مقتضى قولهم في السَّلَبِ: «كدرع وسلاح»، ولذا قلت: «أو غيره» ومَثَّلْتُ بذلك؛ لكن كلام الإمام يقتضي أنه منه، فإنه استدل على بيع السلاح ورهنه من الذميّ بأنه عليه الصلاة والسلام توفي ودرعه مرهون عند يهوديّ[٣]، فدل على أنه يسمَّى سلاحًا؛ ولعله إنما سمّاه سلاحًا لأن أهل الحرب يستعينون به على قتالنا كما مرَّ.

ويمتنع شراء الحربي الخيلَ أيضًا كما نقل عن النصّ وغيره.

[الركن الثالث: المبيع]

ثم شرع في الركن الثالث وهو المبيع ثمنًا أو مثمنًا ذاكرًا لشروطه فقال:

[شروط المبيع]

(وللمبيع شروط) خمسة كما قاله في «الروضة»، وسيذكرها المصنف، وزاد البارزي على ذلك الرؤية، قال الوليُّ العراقي: «والتحقيق أن اشتراط الرؤية داخلٌ في

(١) ما لم يعلم أنَّه يدسُّه لأهل الحرب، وإلَّا لم يصحَّ الشراء؛ خلافًا لـ«حج» حيث قال بحرمة الشراء مع الصحَّة. وخرج بـ«دارنا» ما لو ذهب إلى دار الحرب مع بقاء عقد الذِّمَّة ودفع الجزية فلا يصحُّ؛ إذ ليس في قبضتنا، وقد يقال: هو في قبضتنا ما دام ملتزمًا لعهدنا، ومن ثَمَّ لم يقيِّد الجلال بدارنا «ح ل»، ومن ثَمَّ قال بعضهم: الأَوْلَى حذف قوله: «في دارنا».

(٢) فإن ظنَّ جعله سلاحًا حرم، وصح بيعه لباغٍ وقاطع طريق؛ «شرح م ر». قال «ع ش»: «قضيتُه أنَّه لو أخبر معصوم بجعلهم له عدَّة حرب عدم صحَّة بيعه لهم»، وهو محتمل، ويفرَّق بينه وبين ما لو نام غير متمكِّن وأخبره معصوم بعدم خروج شيء منه؛ حيث قيل فيه بالنقض: بأنَّ الشَّارع جعل النوم نفسه ناقضًا إقامة للمظنَّة مقام اليقين.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب الجهاد والسِّير، باب ما قيل في درع النَّبيِّ ﷺ والقميص في الحرب/ ٢٩١٦/.

طَهَارَةُ عَيْنِهِ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ ....

اشتراط العلم، فإنه لا يحصل بدون رؤية، ولو وُصف فَوَرَاءُ الوصفِ أمورٌ تضيق عنها العبارة». فإن قيل: يشترط في الربويات شروط أُخَر زيادة على ذلك، أجيب: بأن الكلام في غيرها فإن تلك لها باب يخصُّها. فإن قيل: يَرِدُ على ذلك حريم المِلْكِ فإنه لا يصح بيعه وحده مع وجود الشروط، أجيب: بأنه إن أمكن إحداث حريم للمِلك فالوجه الصحّة وإلَّا فالمنع راجع إلى عدم قدرة تسليمه؛ كبيع بعض معين ينقص بالقطع. قال السبكي: والذي يتحرّر من الشروط المِلك والمنفعة فلا يشترط له غيرهما، وأما اشتراط الطهارة فمستفادٌ من الملك؛ لأن النجس غير مملوك، وأما القدرة على التسليم والعلم به فشرطٌ في العاقد، وكذا كون الملك لمن له العقد.

ثم شرع المصنف في بيان الخمسة فقال:

[الشرط الأول: أن يكون طاهر العين]

أحدها: (طهارة عينه، فلا يصح بيع) نجس العين[١]، سواء أمكن تطهيره بالاستحالة - كجلد الميتة - أم لا كالسِّرجين[٢]، و (الكلب) ولو معلَّمًا[٣]، (والخمر[٤]) ولو محترمة[٥]؛ لخبر الصحيحين: «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ

(١) أي استقلالًا لا تبعًا لما هو كالجزء منه، وإلَّا فبيع أرض بُنِيَتْ بِلَبِنٍ أو آجرٌ عجن بنجس صحيح، والبيع واقع على الجميع؛ «م ر». وقال «سم»: الوجه أنَّ البيع واقع على الظاهر، وإنَّما دخل غيره تبعًا بنقل اليد، فراجِعْه. وعلم من هذا أنَّ بيع الخزف المخلوط بالرَّماد النَّجس والسرجين صحيح كالأزيار والقُلل والجرر والمواجير وغيرها، ويعفى عمَّا يوضع فيها من المائعات فلا يتنجَّسُ «م د».

(٢) بكسر السِّين وفتحها.

(٣) للرَّدِّ على من قال بطهارته؛ كما قاله الإطفيحيُّ.

(٤) فيه أنَّ الخمر يطهر بالاستحالة، ويجاب: بأنَّ طهره ليس مع بقاء كونه خمرًا؛ بل انتقل لكونه خَلًّا؛ بخلاف جلد الميتة فإنَّه يطهر بالاستحالة مع كونه جلدًا.

(٥) وهي ما عصرت - أي عُصِرَ أصلها - لا بقصد الخمريَّة على الراجح، وقيل: هي التي عصرت بقصد الخلِّيَّة. والغاية للرَّدِّ على من قال بجواز بيع المحترمة، هذا إن كان العاصر لها مسلمًا، أما خمرة الكافر فمحترمة مطلقًا؛ لأنَّه لا يعتقد تحريمها، ومع ذلك لا يصحُّ بيعها مطلقًا ولو لكافر مثله، وإن اعتقد الحِلَّ.

وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ؛ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الأَصَحِّ.

الكَلْبِ[١]»[٢] وقال: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ»[٣]، وقيس بها ما في معناها. (و) لا بيع (المتنجِّس الذي لا يمكن تطهيره؛ كالخَلِّ واللبن) والصبغ والآجُرِّ المعجون بالزبل؛ لأنه في معنى نجس العين. أما ما يمكن تطهيره ـ كالثوب المتنجس، والآجُرّ المعجون بمائع نجس ـ فإنه يصح بيعه لإمكان طهره. (وكذا الدهن) كالزيت؛ إذ لا يمكن تطهيره (في الأصح)؛ لأنه لو أمكن لَمَا أُمِرَ بإراقة السمن فيما روى ابن حبَّان: أنه ﷺ قال في الفأرة تموت في السَّمن: «فإِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرِيقُوهُ»[٤]. والثاني: يمكن تطهيره بغسله بأن يوضع على قُلَّتي ماء أو

---

(١) والنهي عن ثمنه يدلُّ على فساد بيعه؛ «ع ش».
(فرع) لا تدخل ملائكة الرحمة بيتًا فيه كلب، وهل لا تدخل وإن جاز اقتناؤه أو وجب؛ كما لو علم أنَّه يقتل لولا اقتناؤه لحراسته؟ قال الرمليُّ: ظاهر ما ورد أنَّها لا تدخل بيتًا فيه حائض مع أنَّها معذورة لا صنع لها في الحيض عدم الدخول هنا؛ «سم» على «المنهج» و«ع ش» على «م ر»، وأيضًا لا تدخل بيتًا فيه جرس، أو بول منقوع؛ أي مخزون، أو فيه صورة. وسبب عدم دخولها أنَّ إبليس لمَّا بصق على آدم حين كان ملقًى على باب الجنَّة هبط جبريلُ وكشط من البزقة أوَّل مرَّة وألقاها، فخُلِقَ منها الكلب المعروف، وثاني كشطة خلق منها كلب الصيد، فهما مخلوقان من أثر بصقة إبليس، والملك النازل بالرحمة وإبليس لا يجتمعان. انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، (٣/ ٩).

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب /٢١٢٢/. ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغيِّ /٤٠٠٩/.

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام /٢١٢١/. ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير /٤٠٤٨/.
قلت: ذهب الحنفيَّة إلى جواز بيع الكلب والفهد والسِّباع معلَّمًا كان أو غير معلَّم؛ لأنَّه حيوان منتفع به حراسةً واصطيادًا فيجوز، ولهذا ينتقل إلى ملك الموصى له والوارث، بخلاف الحشرات كالحيَّة والعقرب والضبِّ والقنفذ ونحوها؛ لأنَّه لا ينتفع بها.
انظر: الاختيار لتعليل المختار، كتاب البيوع، (٢/ ٢٥٩).

(٤) أخرجه ابن حبَّان في «صحيحه»، كتاب الطهارة، باب النجاسة وتطهيرها، ذكر خبر أوهم بعض من لم يطلب العلم من مظانِّه أنَّ رواية ابن عيينة هذه معلولة أو موهومة /١٣٩٠/.
قلت: أصل هذا الحديث عند البخاريِّ رحمه الله تعالى في «صحيحه»، كتاب الذبائح والصيد، باب إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذَّائب /٥٢٢٠/ عن ابن عبَّاس، عن ميمونة رضي الله عنهم قالت: «سئل النبيُّ ﷺ عن فأرة سقطت في سمنٍ، فقال: ألقوها وما حَولَهَا وكُلُوهُ».

. . . .

يصب عليه ماء يغمره، ثم يحرك حتى يصل إلى جميع أجزائه، وهذه المسألة مكررةٌ في كلام المصنّف فإنه ذكرها في باب النجاسات، وظاهر كلامه صحة بيعه إذا قلنا: «إنه يطهر بالغسل» وهو وجه، والأصح المنع لخبر الفأرة المتقدّم، ويشكل الفرق بينه وبين الثوب المتنجس حيث صحّ بيعه قطعًا. قال الرافعي: «ويجري الوجهان في بيع الماء المتنجس، ومقتضاه المنع»، وبه صرَّح في «المجموع». قال الإسنوي: «ويلزم من منع بيع الآجُرِّ فساد بيع الدار المبنية به»، وأجيب: بأن البناء إنما يدخل في بيع الدار تبعًا للطاهر منها كالحجر والخشب، فاغتفر فيه ذلك لأنه من مصالحها؛ كالحيوان يصح بيعه وبباطنه النجاسة، وينزل كلامهم على بيع الآجُرِّ منفردًا، وفي هذا الجواب نظرٌ كما قاله بعض المتأخرين، والأَوْلَى أن يقال: «صحَّ بيعها للحاجة»، ويطّرد ذلك في الأرض المُسَمَّدَةِ بالنجاسة فإنه لا يمكن تطهيرها إلَّا بإزالة ما وصل إليه السماد، والطاهر منها غير مرئيّ، قال الأذرعي: «والإجماع الفعلي على صحة بيعها». ولو تصدق بِدُهْنٍ نجس لنحو اسْتِصْباح به على إرادة نقل اليد جاز، وكالتصدّق الهبة والوصية ونحوهما، وكالدهن السّرْجين والكلب ونحوهما.

فائدة: سُئِلَ السبكي عن الوشم النجس الذي لا يمكن زواله من البَدَنِ هل يمنع صحة البيع كالأعيان التي لا يمكن تطهيرها؟ فقال: الذي أراه القطع بصحَّة البيع، وأن الوشم النجس لا يمنع من ذلك.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن امتناع بيع ما لا يمكن تطهيره مُفَرَّعٌ على اشتراط طهارة العين، وليس مرادًا، فإنه طاهر العين، ومع ذلك لا يصح بيعه، لذلك قال في «الحاوي»: «طاهر أو يطهر بالغسل» فلم يعتبر طهارة عينه، وإنما اعتبر أن لا يكون نجسًا نجاسة لا تطهر بالغسل.

فروع: يصح بيع فأرة المِسْكِ بناءً على طهارتها وهو الأصح، وبيع القزّ وفيه الدود ولو ميتًا؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته؛ كالحيوان وفي باطنه النجاسة، ويباع جزافًا ووزنًا كما صرَّح به في «الروضة» وغيرها، والدود فيه كنوى التمر. وظاهره أنه لا فرق

الثَّانِي: النَّفْعُ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ، . . . .

في صحته بالوزن بين أن يكون في الذِّمَّة أو لا، وهو كذلك وإن خالف في «الكفاية».

ويجوز اقتناءُ السِّرجين وتربية الزرع به لكن مع الكراهة.

ويجوز اقتناء الكلب لمن يصيد به، أو يحفظ به نحو ماشية كزرع ودرب، وتربية الجرو الذي يتوقع تعليمه لذلك، ولا يجوز اقتناؤه لغير مالك ماشية ليحفظها به إذا ملكها، ولا لغير صَيَّادٍ ليصطاد به إذا أراد كما صرَّح به في «الروضة» و«المجموع». ولا يجوز اقتناء الخنزير مطلقًا، ويجوز اقتناء الفهد كالقِرْدِ والفيل وغيرهما.

[الشرط الثاني: أن يُنتفع به شرعًا]

الشرط (الثاني) من شروط المبيع: (النفع) أي الانتفاع به شرعًا ولو في المآل؛ كالجحش الصغير، (فلا يصح بيع) ما لا نفع فيه؛ لأنه لا يعدّ مالًا، فأخذ المال في مقابلته ممتنع للنهي عن إضاعة المال[1].

وعدم منفعته إما لِخِسَّتِهِ كـ (الحشرات[2]) التي لا نفع فيها ـ جمع «حَشَرة» بفتح الشين، وهي صغار دواب الأرض؛ كالخنفساء[3] والحية[4] . . . .

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاستقراض، باب ما يُنهى عن إضاعة المال / ٢٤٠٨/ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إنَّ الله حَرَّم عليكم عقوقَ الأمَّهات، ووَأْدَ البناتِ، ومَنَعَ وهاتِ، وكره لكم قِيْلَ وقال، وكثرةَ السُّؤال، وإضاعةَ المال».
وأخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة / ٥٩٣/.

(٢) ويستثنى نحو يربوع وضبٍّ ممَّا يؤكل، ونحل ودود قزٍّ وعَلَقٍ لمنفعة امتصاص الدم «م ر». فإن قيل: إنَّ منفعة هذه المذكورات في الخواصِّ، فما وجه استثنائها دون غيرها؟ قلت: أجاب شيخنا: بأنَّ هذه لمَّا اشتهرت وعلمها غالب الناس استثنيت، وأمَّا غيرها فلا؛ لاختصاصها بحذّاق الأطبَّاء؛ «أج».

(٣) بفتح الفاء ممدودة، والأنثى «خنفساءة» بالهاء، وبينها وبين العقرب صداقة. ومن منافعها ـ أي الخنفساء ـ: أنَّه إذا قطع مؤخَّرها وغمس فيه ميل واكْتُحِلَ برطوبته قوي البصر ومنع من الإغشاء، وإذا طبخت في زيت وقطر في الأذن الوجعة نفعها، وإذا أديم ذلك نفع من الصَّمَمِ الحادث، وإذا دهن به قروح السَّاقين أو البواسير الناتئة في المقعدة نفعها نفعًا جيدًا عجيبًا، وإذا شدخت وربطت على لسعة العقرب نفعتها. انتهى. من «مختصر حياة الحيوان» للسيوطيِّ. وإن كان في تشديخها تعذيبٌ لها جوِّز للحاجة.

(٤) سمِّيت بذلك لطول حياتها جدًّا.

وَكُلِّ سَبُعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبَّتَي الْحِنْطَةِ، . . . .

والعقرب[١] والفأرة والنمل ـ ولا عبرة بما يذكر من منافعها في الخواصّ.

(و) لا بيع (كُلِّ سَبُعٍ[٢]) أو طير (لا ينفع)؛ كالأسد والذئب والحِدَأَةِ والغراب غير المأكول[٣]. ولا نظر لمنفعة الجلد[٤] بعد الموت، ولا لمنفعة الريش[٥] في النبل، ولا لاقتناء المُلوك لبعضها للهيبة[٦] والسياسة، أما ما ينفع من ذلك ـ كالفهد للصيد، والفيل للقتال، والقرد للحراسة، والنحل للعسل، والعندليب للأنس بصوته، والطاووس للأنس بلونه[٧]، والعَلَقِ لامتصاص الدم ـ فيصحّ، وكذا يصح بيع الرقيق الزَّمِنِ لأنه يتقرب بعتقه، بخلاف الحمار الزَّمِنِ، ولا أثر لمنفعة جلده إذا مات. وإما لِقِلَّتِهِ كما قال: (ولا) بيع (حَبَّتَي الحنطة ونحوها) كحبَّتي[٨] الشعير والزبيب، ولا أثر لضم ذلك[٩] إلى أمثاله أو وضعه في فَخٍّ[١٠]، ومع هذا يحرم غصبه ويجب ردّه، ولا ضمان فيه إن تلف إذ لا مالية، وما نُقل عن الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه من أنه يُجَوِّزُ أَخْذَ الخِلَالِ والخلالين من خشب الغير يُحمل على علمه برضا مالكه.

ويحرم بيع السَّمِّ إن قتل كثيرُهُ وقليله، فإن نفع قليله وقتل كثيره كالسَّقمونيا والأفيون جاز بيعه.

---

(١) وهي كثيرة الولد، لها ثمانية أرجل، وعيناها في ظهرها، وأشرُّ ما تكون إذا كانت حاملًا؛ «سيوطي».

(٢) لا حاجة إليه؛ لأنَّه دخل في المتن؛ إلَّا أن يقال: إنَّه من عطف الخاصِّ على العامِّ.

(٣) خرج المأكول ـ كغراب الزرع ـ فيصحُّ بيعه.

(٤) يرجع للأسد والذئب.

(٥) يرجع للحدأة والغراب.

(٦) أي هيبة الخلق لهم بسبب اقتنائهم لها.

(٧) والهرّة الأهليّة لدفع الفأرة، أمّا الوحشيّة فإن كان يُؤخذ منها الزباد صحَّ بيعها وإلا فلا.

(٨) في نسخة البابي الحلبي: «كحبّة».

(٩) أي حَبَّتي الحنطة والشعير، ولا فرق بين زماني الرُّخص والغلاء اتّفاقًا، وأغرب المتولِّيُّ فحكى وجهًا بجواز بيعهما. انتهى «دميري».

(١٠) وهو ما يُصطاد به.

وَآلَةِ اللَّهْوِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الآلَةِ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالًا. . . . .

(و) لا بيع (آلة اللهو) المحرمة[١]؛ كالطُّنبور والصنج والمزمار والرباب[٢] والعود، وكذا الأصنام والصُّور وإن اتخذت المذكورات من نقدٍ إذ لا نفع بها شرعًا. (وقيل: يصح) البيع (في الآلة) أي وما ذكر معها (إن عُدَّ رُضاضها) وهو ـ بضمِّ الراء ـ مكسَّرها (مالًا)؛ لأن فيها نفعًا متوقعًا كالجحش الصغير، ورُدَّ: بأنها على هيئتها لا يقصد منها غير المعصية.

ولا يصح بيع النرد إلَّا إن صلح بيادق للشطرنج، فيصح مع الكراهة كبيع الشطرنج.

ويصح بيع آنية الذهب والفضة لأنهما[٣] المقصودان، ولا يشكل بما مرّ من منع بيع آلات الملاهي والصور المتخذة منهما؛ لأن آنيتهما يباح استعمالها للحاجة بخلاف تلك[٤]. والصليب من النقد قال الإسنوي: «هل يلحق بالأواني أو بالصنم ونحوه؟ فيه نظر». انتهى، والأوجه أنه مُلْحَقٌ بالصنم كما جرى عليه بعض المتأخرين. ويصح بيع جارية الغناء وكبش النطاح وديك الهراش ولو زاد الثمن لذلك، قُصِدَ أو لا؛ لأن المقصود أصالة الحيوان. ويصح بيع الأطباق والثياب والفرش المُصَوَّرَةِ بصور الحيوان. ولا يصح بيع مسكن بلا مَمَرٍّ؛ بأن لم يكن له ممرّ أو له ممرٌّ ونفاه في بيعه لتعذر الانتفاع به، وسواء أتمكن المشتري من اتخاذ ممرّ إلى شارع أو ملكه أم لا كما عليه الأكثرون وإن شرط البغوي عدم تمكنه من ذلك، فإن قيل: قد صرّح في «الروضة» بأنه لو باع دارًا واستثنى بيتًا منها ونفى الممرّ فإنه يصح إن أمكنه اتخاذ ممرّ وإلَّا فلا، فقياسه أن يكون هنا كذلك، أجيب: بأنه يُغتفر في الدوام ـ وهو هنا دوام الملك ـ ما لا يغتفر في الابتداء.

---

(١) خرج غير المحرّمة كالنَّفير والطُّبول غير الدربكّة.

(٢) ليست في نسخة البابي الحلبي.

(٣) أي الذهب والفضّة المقصودان؛ أي بجعلهما دراهم ودنانير، وليس الآنية مقصودةً.

(٤) فإنَّه لا يُباح استعمالها للحاجة؛ بل للضرورة فيما إذا أخبره الطبيب العدل بأنَّ هذا المرض يزول بسماعها كما في «سم».

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الأَصَحِّ.

الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ، . . . .

ولا يصح بيع كتب الكفر والسحر والتنجيم[١] والشعبذة[٢] والفلسفة كما جزم به في «المجموع»؛ قال: «بل يجب إتلافها لتحريم الاشتغال بها».

(ويصح بيع الماء على الشَّطِّ) والحجر عند الجبل (والتراب بالصحراء) ممن حازها (في الأصح)؛ لظهور المنفعة فيها، ولا يقدح في ذلك ما قاله الثاني من إمكان تحصيل مثلها بلا تعب ولا مؤنة.

تنبيه: «الشَّطُّ» من زيادة المصنف على «المحرّر»، وهو جانب الوادي والنهر كما في «الصِّحاح».

وقضية كلامه أنه إذا لم يكن عليه أنه يصح قطعًا، وليس مرادًا؛ بل فيه وجه بناءً على أن الماء لا يملك.

ويصح بيع لبن الآدميات؛ لأنه طاهر منتفع به فأشبه لبن الشياه، ومثله لبن الآدميين بناء على طهارته، وهو المعتمد كما مَرَّ في باب النجاسة. ويصح بيع نصف دار شائع بنصفها الآخر على الأصح، وفائدته عدم رجوع الوالد فيما وهبه لولده، وعدم رجوع البائع في عين ماله عند فلس المشتري.

[الشرط الثالث: أن يكون ممكن التسليم]

الشرط (الثالث) من شروط المبيع: (إمكان تسليمه) في بيع غير ضمني[٣]؛ بأن يقدر عليه حِسًّا أو شرعًا؛ ليوثق بحصول العوض[٤]، وليخرج عن بيع الغرر المنهيّ عنه

---

(١) أي المشتملة على علم النُّجوم؛ بأنْ كان ما فيها: إذا طلع نجم كذا حصل كذا. قال «ق ل»: ما لم تشتمل على تجربة أو عادةٍ.

(٢) نوع من السِّحر والفلسفة من كتب الكفر، فعطفُها خاصٌّ.

(٣) أمّا هو فيصحُّ لمن لا يقدر على الانتزاع لقوّة العتق مع كونه يغتفر في الضِّمْنِيِّ ما لا يغتفر في غيره. ويصحُّ أيضًا بيعُ الآبق والمغصوب والضالِّ لمن يعتق عليه ولو كان عاجزًا عن انتزاعه؛ «ع ش» على «م ر».

(٤) أي من الجانب الآخر، فكأنّه قال: يشترط قدرة المشتري على تسلُّم المبيع ليثق البائع بحصول الثمن؛ لأنَّ المشتري لو لم يقدر على التسلُّم يرجع في ثمنه، فلا يظفر به البائع.

فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالآبِقِ وَالْمَغْصُوبِ، . . . .

في مسلم[(١)]، قال الماوردي: «والغرر ما تردَّد بين متضادين أغلبهما أخوفهما، وقيل: ما انطوت عنّا عاقبته». ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم؛ بل ظهور التعذّر كافٍ، وقد يصح مع عجزه عن التسليم لكون المشتري قادرًا على التسلّم كما سيأتي في المغصوب، وككون البيع ضمنيًا كما ذكره الشيخان في كفارة الظِّهار، قال الزركشي: «ومثله من يحكم بعتقه على المشتري».

تنبيه: قد جرت عادة المصنّف رحمه الله تعالىٰ أن يذكر أوّلًا محلّ الاتفاق ثم يذكر المختلف فيه، فإمكان تسليمه يصح بالاتفاق، وإمكان تَسَلُّمِهِ يصح على الصحيح، فإذن لا اعتراض؛ لكن كان الأَوْلى أن يعبّر بـ«القدرة» بدل «الإمكان» كما عبَّر بها في «المجموع»؛ إذ لا يلزم من ثبوت إمكانه ونفي الاستحالة عنه القدرة عليه. ويستثنى من ذلك ما لو باع بنقد يعزّ وجوده فإنه يصح بناء على جواز الاستبدال عن الثمن وهو الأصح، ثم عند التسليم إن وجد فذاك وإلَّا فَيُستبدل.

وإذا علم اعتبار قدرة التسليم (فلا يصح بيع) ما يتعذر تسليمه؛ كالطير في الهواء وإن تعوَّد العَوْدَ إلى محله لما فيه من الغرر، ولأنه لا يوثق به لعدم عقله، وبهذا فارق صحة بيع العبد المُرْسَلِ في حاجة، نعم يصح بيع النحل الموثقة أُمُّهُ وهي يعسوبه[(٢)] وهو أميره؛ بأن يكون في الكُوّارة ـ وهي بضم الكاف وفتحها مع تشديد الواو فيهما ومع تخفيفها في الأُولى: الخَلِيَّةُ ـ وهي بيت يعمل للنحل من عيدان كما قاله في «المحكم»، وقال في «الصحاح»: «هو العسل في شمعه»، ولا معنى له هنا. وحُكي أيضًا كسر الكاف مع تخفيف الواو. وفارق بقية الطيور: بأنه لا يقصد بالجوارح، وبأنه لا يأكل عادةً إلَّا مما يرعاه، فلو توقف صحة بيعه على حبسه لربما أضَرَّ به أو تعذر بيعه بخلاف بقية الطيور. والنَّادّ (الضَّالّ[(٣)]) والرقيق المنقطع خبره (والآبق والمغصوب) من

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غدر /٣٨٠٨/ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر».

(٢) في المخطوط: «عيسوبه».

(٣) أي ولو لمنفعة العتق وإن عُرِفَ محلُه، واستشكل الإسنويّ منع بيع الضَّالّ والآبق والمغصوب بأنّ=

فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ . . . .

غير غاصبه؛ للعجز عن تسليم ذلك حالاً .

فائدة: الضالّ لا يقع إلّا على الحيوان إنسانًا كان أو غيره، وأما الآبق فقال الثعالبي: «لا يقال للعبد آبق إلّا إذا كان ذهابه من غير خوف ولا كَدٍّ في العمل وإلّا فهو هارب»؛ قال الأذرعي: «لكن الفقهاء يطلقونه عليهما».

(فإن باعه) أي المغصوب (لقادر على انتزاعه[1]) دونه، أو الآبق لقادر على ردّه دونه (صحّ على الصحيح) نظرًا إلى وصوله إليهما؛ إلّا إن احتاجت قدرته إلى مؤنة[2] فالظاهر البطلان كما قاله في «المطلب». والثاني: لا يصح؛ لأن التسليم واجبٌ على البائع وهو عاجز عنه، أما إذا كان البائع قادرًا على انتزاعه أو ردّه فإنه يصحّ بلا خلاف كما علم مما مرّ، قال في «المطلب»: إلّا إذا كان فيه تعب شديد فينبغي أن يأتي فيه ما في بيع السمك في البركة؛ أي وشقّ تحصيله فيها، والأصح عدم الصحّة. فإن قيل: منع بيع الضال والآبق والمغصوب مُشْكِلٌ لأن إعتاقهم جائز، وقد صرَّحُوا بأن العبد إذا لم يكن في شرائه منفعة إلّا حصول الثواب بالعتق ـ كالعبد الزَّمِنِ ـ صحَّ بيعه، وإعتاقُ المبيع قبل قبضه صحيح ويكون قبضًا، فَلِمَ لا يصح بيع هؤلاء إذا كانوا زمناء؛ بل مطلقًا لوجود منفعة من المنافع التي يصح لها الشراء، أجيب: بأن الزَّمِنَ ليس فيه منفعة قد حِيلَ بين المشتري وبينها بخلاف المغصوب ونحوه، وقضيته أنه إذا لم يكن لهم

= اعتاقهم جائز، وقد صرَّحوا بأنَّ العبد إذا لم يكن في شرائه منفعة إلَّا حصول الثواب بالعتق كالعبد الزَّمِنِ صحَّ بيعه، وإعتاق المبيع قبل القبض صحيح ويكون قبضًا، فَلِمَ لا يصحُّ بيع هؤلاء إذا كانوا زمنى؛ بل مطلقًا لوجود منفعة من المنافع التي يصحُّ الشراءُ لها؟ وأجيب: بأنَّه هنا وُجِدَ حائلٌ بينها وبين الانتفاع بها؛ بخلاف الزَّمِنِ ليس فيه منفعة حيل بين المشتري وبينها؛ حتَّى لو فرض أن لا منفعة فيما ذُكِرَ سوى العتق لم يصحَّ أيضًا؛ كما أفاده الوالد. انتهى ملخَّصًا من «شرح م ر» و«البرماوي» ومثله «ز ي».

(١) أي يقينًا، فقد قال المتوليُّ: لو احتمل قدرته وعدمها لم يجز «ح ل». ومثل القادر العاجزُ إذا كان يعتق عليه، أو كان البيع ضمنيًا «شوبري»، ولو اختلفا في العجز حلف المشتري، ولو قال: «كنتُ أظنُّ القدرة فبان عدمها» حلف أنَّه لم يكن قادرًا على الانتزاع، وبَانَ عدم انعقاد البيع كما في «شرح م ر».

(٢) أي لها وقعٌ ولَو تحمَّلها البائع للمنَّةُ. والمؤنة إمَّا بالمال أو إتعاب البدن.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا، . . . .

منفعة سوى العتق يصح بيعهم، والظاهر أنه لا يصح مطلقًا، وقول «الكافي»: «يصح بيع العبد التَّائِهِ؛ لأنه يمكن الانتفاع بإعتاقه في التقرّب إلى الله تعالىٰ بخلاف الحمار التَّائه» ممنوعٌ.

ولا يصح بيع سمك في ماء ولو في بركة إن شقّ تحصيله منها؛ لعدم قدرته على تسليمه، فإن سهل تحصيله ولم يمنع الماء رؤيته صحّ. وبرج الطائر كالبركة للسمك.

وتصحّ كتابة الآبق وكذا المغصوب إن تمكن من التصرف؛ كما يصح تزويجهما وعتقهما وإن انتفت القدرة على التسليم.

(ولا يصح بيع نِصْفٍ) مثلًا **(مُعَيَّنٍ[١] من الإناء والسيف ونحوهما)**؛ كثوب نفيس تنقص بقطعه قيمته للعجز عن تسليم ذلك شرعًا؛ لأن التسليم فيه لا يمكن إلَّا بالكسر أو القطع[٢]، وفيه نقص[٣] وتضييع مال وهو حرام، وفرّقوا بينه وبين بيع ما قالوه من صحة بيع ذراع من أرض: بأن التمييز فيها يحصل بنصب علامة بين المِلْكَيْنِ بلا ضرر، فإن قيل: قد تتضيق مرافق الأرض بالعلامة وتنقص القيمة، فينبغي إلحاقها بالثوب، أجيب: بأن النقص فيها يمكن تداركه بخلافه في الثوب.

قال في «المجموع»: «وطريق[٤] من أراد شراء ذراعٍ مُعَيَّنٍ من ثوب[٥] نفيس أن

---

(١) أي وكجزء من حيوان حيٍّ؛ بخلاف المذكَّى بالفعل، ويتَّجهُ أن يستثنى إناء النقد، فيصحّ بيع جزء معيَّن منه؛ لحرمةِ اقتنائه ووجوبِ كسره، فالنَّقص الحاصل منه موافق للمطلوب فيه، فلا يضرُّ.

(٢) أي لأنَّه مبيع معيَّنٌ وقبضه بالنقل، وهو يستلزم فصلَه، ولا يكتفى في تسليمه بتسليم الجملة.

(٣) أي في كلٍّ من الكسر والقطع، ومن ثَمَّ لم يمتنع بيع أحد الخفَّين مع نقص قيمة الباقي؛ لانتفاء كُلٍّ من الكسر والقطع.

(٤) أنت خبير بأنَّ هذه الحيلة إنَّما هي طريقٌ لصحَّةِ البيع لا لانتفاء حرمة القطع الذي فيه إضاعة مال، وقد يُجاب: بأنَّه سُومح له في القطع حينئذ رجاءً لغرض الشراء، وظاهر كلامهم في غير هذا المحلِّ أنَّ إضاعة المال إنَّما تحرم إن قصدت عبثًا، وهذه ليست كذلك لأنَّها لغرضٍ، نعم لو زِيْدَ له على قيمة المقطوع ما يساوي النَّقص الحاصل في الباقي فالظاهر صحَّة البيع، ولا حرمة حينئذٍ في القطع؛ إذ لا إضاعة مالٍ حينئذ، فلا يحتاج إلى حيلةِ «شوبري».

(٥) وهل مثل الثوب في ذلك الإناء والسيف، أو يفرَّق: بأنَّ الثوب ينسج ليقطع؛ بخلاف الإناء والسيف؟ الظاهرُ: لا.

وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الأَصَحِّ، . . . .

يواطىء صاحبه[(١)] على شرائه ثم يقطعه قبل الشراء ثم يشتريه فيصح بلا خلاف»[(٢)]، وظاهره أنه لا يحرم القطع، وَوَجْهُهُ: أنه حلّ لطريق البيع فاحتمل للحاجة، ولا حاجة إلى تأخيره عن البيع، وأَوْلى من ذلك ـ كما قال الزركشي ـ أن يشتريه مشاعًا ثم يقطعه؛ لأن بيع الجزء المشاع جائز مطلقًا، ويصير الجميع مشتركًا.

ولا يصح بيع جذع معين في بناء؛ لأن الهدم يوجب النقص، ولا بيعُ بعضٍ معين من جدار إذا كان فوقه شيء أو كان الجدار قطعة واحدة من نحو طين كخشب؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلَّا بهدم ما فوقه في الأُولى وهدم شيء منه في الثانية، وكذا إذا كان الجدار من لَبِنٍ أو آجُرٍّ ولا شيء فوقه وجعلت النهاية نصف سمك اللَّبِنِ أو الآجُرِّ، فإن جعلت النهاية صفًّا من صفوفهما صحّ، فإن قيل: هذا مشكل؛ لأن موضع الشّقِّ قطعة واحدة من طين أو غيره، ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي فيفسد البيع كبيع جذع في بناء، أجيب عن الأوّل: بأن الغالب أن الطين الذي بين اللَّبِنَاتِ لا قيمة له، وعن الثاني: بأن نقص القيمة من جهة انفراده فقط وهو لا يؤثر، بخلاف الجذع فإن إخراجه يؤثر ضعفًا في الجدار.

(ويصح) البيع **(في الثوب الذي لا ينقص بقطعه)**؛ كغليظ كِرْبَاس[(٣)] **(في الأصح)**؛ لانتفاء المحذور. والثاني: لا يصح؛ لأن القطع لا يخلو عن تغيير المبيع. ويصح بيع أحد مِصْرَاعَي باب وأحد زوجي خُفٍّ وإن نقصت قيمتهما بتفريقهما؛ لأن المالية في ذلك لم تذهب بالكلية لإمكان تلاقيهما[(٤)] بشراء البائع ما باعه أو بشراء المشتري

---

(١) أي ثمَّ إن كان المشتري غير مريدٍ الشِّراءَ باطنًا حرم عليه مواطأة البائع لتغريره بمواطأته، وإن كان مريدًا ثمَّ عرض له عدم الشراء بعدُ لم تحرم المواطأة ولا عدم الشراء، ولا شيءَ عليه في النقص الحاصل بالقطع فيهما، ويُصدَّق في ذلك؛ لأنَّه لا يعلم إلا منه «ع ش» على «م ر».

(٢) واعترض: بأنَّ العلَّة في امتناع البيع موجودة في ذلك، وأجيب: بأنَّ هذا تصرُّفٌ في ملكه من غير إلزامٍ شرعيٍّ بخلاف ذلك، ولم يُنْظَرْ لاحتمالِ رجوعِ من وافق على الشراء عنه؛ لِمَا أن الأصل عدمه «ح ل»، ولا ضمان عليه لو رجع «ع ش» على «م ر».

(٣) هو القطن؛ أي الثوب من القطن؛ لكنَّ المراد هنا الأعمُّ منه.

(٤) في نسخة البابي الحلبي: «تلافيهما».

وَلَا الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ، وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الأَظْهَرِ، . . . . .

ما بقي، بخلاف مالية الثوب أو نحوه الذي ينقص بقطعه فإنها ذهبت بالكلية ولا تدارك لها. ولا يصح بيع فَصٍّ في خاتم؛ لأن فصله يوجب النقص، ولا بيع ثلج وجَمْد وهما يسيلان قبل وزنهما، هذا إذا لم يكن لهما قيمة عند السيلان، وإلَّا فينبغي ـ كما قال شيخنا ـ أن العقد لا ينفسخ وإن زال الاسم؛ كما لو اشترى بيضًا ففرخ قبل قبضه، و«الجَمْدُ» ـ بسكون الميم ـ هو الماء الجامد من شدة البرد.

(ولا) يصح بيع (المرهون[١]) بعد قبضه[٢] (بغير إذن مرتهنه)؛ للعجز عن تسليمه شرعًا، أما قبل قبضه أو بعده بإذن مرتهنه فيصح لانتفاء المانع. ويلتحق بالمرهون كُلُّ عين استحق حبسها كما لو قَصَّرَ الثوب أو صبغه وقلنا: «القِصَارة عينٌ» فإن له الحبس إلى قبض الأجرة؛ ولو استأجر قصّارًا على قصر ثوب ليس له بيعه ما لم يقصره كما جزما به في باب بيع المبيع قبل قبضه. وبيع المرهون من المرتهن قبل فكّه صحيح كما نقل الإمام الاتفاق عليه.

(ولا) بيع (الجاني[٣] المتعلِّقِ برقبته[٤] مال) بغير إذن المجنيّ عليه وقبل اختيار السيد الفداء (في الأظهر)؛ لتعلّق الحق به كالمرهون؛ بل أَوْلى لأن الجناية تقدم على الرهن، سواء أكان الأرش مستغرقًا لقيمة الرقبة أم لا، وسواء أوجب المال بإتلاف مال أم لا؛ كقتل خطأ أو شبه عمدٍ أو عمدٍ لا قصاص فيه أو فيه قصاص وعفا مُسْتَحِقُّهُ على مال. والثاني: يصح في الموسر، وقيل: والمعسر، والفرق: أن حق المجنيّ عليه ثبت من غير اختيار المالك بخلاف حق المرتهن، وعلى هذا يكون السيد الموسر ببيعه مع علمه بالجناية مختارًا للفداء، وقيل: لا؛ بل هو على خيرته إن شاء أمضى البيع وإلَّا

---

(١) أي لغير المرتهن؛ «ع ش».

(٢) أما قبلَهُ فيصحُّ بغير إذن المرتهن.

(٣) أي لغير المجنيِّ عليه وبغير إذنه «ح ل»، وإلَّا فيصحُّ.

(٤) أي ذاتِه مالٌ لكون الجناية خطأً أو شبه عمد أو عمدًا وعُفي على مال، أو أتلف مالًا بغير إذن المجنيِّ عليه، أو أتلف ما سرقه. انتهى «شرح م ر»، فإن حصلت البراءةُ عن بعض الواجب انفكَّ منه بقسطه.

وَلَا يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ، وَكَذَا تَعَلُّقُ الْقِصَاصِ فِي الأَظْهَرِ.

فسخ، فإن باعه بعد اختيار الفداء صحّ جزمًا، والفداء بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في باب موجبات الدية، ولا يشكل صحة البيع بصحة رجوعه عن الاختيار؛ لأن مانع الصحة زال بانتقال الحق لذمة السيد وإن لم يلزمه ما دام العبد في ملكه، فإذا باع لزمه المال الذي فداه به فَيُجبر على أدائه كما لو أعتقه أو قتله، فإن أدّاه فذاك واضح، وإن تَعَذَّرَ ولو لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس أو موته فسخ البيع وبِيْعَ في الجناية؛ لأن حق المجني عليه سبق حق المشتري؛ نعم إن أسقط الفسخُ حَقَّه كأن كان وارث البائع فلا فسخ؛ إذ به يرجع العبد إلى ملكه فيسقط الأرش؛ نبّه على ذلك الزركشي. وخرج بـ«بيعه» عتقه، فيصح من الموسر لانتقال الحق إلى ذمته مع وجود ما يؤدى منه، بخلاف المعسر لما فيه من إبطال الحق بالكلية؛ إذ لا متعلق له سوى الرقبة. وفي استيلاد الأَمَةِ الجانية هذا التفصيل، ولا يتعلق الأرش بولدها؛ إذ لا جناية منه.

(ولا يضر تعلُّقه) ـ أي الأرش ـ بكسبه؛ كأن زوَّجه سيده، ولا (بِذِمَّتِهِ)؛ كأن اشترى فيها شيئًا بغير إذن سيده وأتلفه، أو أقرّ بجناية خطأ أو شبه عمد ولم يصدقه سيده ولا بَيِّنَةَ؛ لأن البيع إنما ورد على العين، ولا حجر للسيد على ذمّة عبده.

(وكذا) لا يضرُّ (تعلُّق القصاص) برقبته (في الأظهر)؛ لأنه مرجوُّ السلامة بالعفو ويخاف تلفه بالقصاص، فيصح بيعه قياسًا على المريض والمرتد. والثاني: لا يصح؛ لأن المستحِقَّ يجوز له العفو على مال، وقد تقدم أن تعلق المال مانع؛ وطريقة القولين ضعيفة، والمذهب عند الجمهور القطع بالصحة، وهو ما في «الشرح» و«الروضة»، فكان التعبير بـ«المذهب» أَوْلى. ولو عفا بعد البيع على مال فهل يبطل البيع أو لا؟ وجهان رجّح البلقيني منهما البطلان. ولا يضر تعلّق القصاص بعضو من أعضائه؛ بل يصح بيعه قطعًا. ولو قَتَلَ في المحاربة وقُدر عليه قبل التوبة صحّ بيعه كالمرتد كما في «الروضة» في باب خيار النقص وإن خالف في ذلك الشيخ أبو حامد وأتباعه.

الرَّابِعُ: الْمِلْكُ لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ، ....

[الشرط الرابع: أن يكون مملوكًا لمن له العقد]

الشرط (الرابع) من شروط المبيع: (الملك) فيه (لمن له العقد)؛ لحديث: «لَا بَيْعَ إِلَّا فِيْمَا تَمْلِكُ»(١) رواه أبو داود والترمذي وقال: «إنه حسن»، وهذا الضابط ذكره في «الوجيز» وتبعه الشيخان. وإنما عبروا بـ«من له العقد» ولم يقولوا: «للعاقد» ليدخل المالكُ والوكيلُ والوليّ والحاكم في بيع مال المفلس والممتنِعُ من وفاء دينه والملتقِطُ والظافرُ بغير جنس حقّه؛ لكن بيع الفضولي وارد على هذه العبارة، فإن العقد يقع للمالك موقوفًا على إجازته عند من يقول بصحته كما سيأتي والمقصود إخراجه، ولهذا فَرَّعَ بطلانه عليه بالفاء، وأراد الشارح دفع ذلك بقوله: «لمن له العقد الواقع»، وهو إنما يأتي على أحد الرأيين في بيع الفضوليّ، وهو أن الصحة موقوفة على الإجازة لأن البيع صحيح، والملك موقوف على الإجازة، والرأي الأول هو الراجح خلافًا لما نقله الرافعي عن الإمام من أن الراجح الثاني، قال شيخي: «وقد رجّح الأول المصنفُ في بعض كتبه». ولو قال المصنّف: «أن يكون للعاقد عليه ولاية» لكان جامعًا مانعًا.

تنبيه: كان ينبغي تقييد «الملك» بـ«التامّ» ليخرج بيع المبيع قبل قبضه فإنه لا يصح كما سيأتي.

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح / ٢١٩٠/ .
قال المنذريّ ـ رحمه الله تعالى ـ: الحديث حسن.
انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، (٦/ ١٢٩).
قلت: ولم أجده بهذا اللفظ عن الترمذيّ رحمه الله تعالى.
وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده /٣٥٠٣/ عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسولَ الله ﷺ يأتيني الرَّجلُ فيريد منّي البيعَ ليس عندي، أفأبتاعه له من السُّوق؟ فقال: لا تَبِعْ ما ليس عندك».
وأخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك / ١٢٣٢/ وابن ماجه، أبواب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن / ٢١٨٧/ .
قال المنذريُّ ـ رحمه الله تعالى ـ: أخرجه الترمذيُّ، والنسائيُّ، وابن ماجه، وقال الترمذيُّ: حسن.
انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (٩/ ٢٠٤).

فَبَيْعُ الْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ، وَفِي الْقَدِيمِ: مَوْقُوفٌ إِنْ أَجَازَ مَالِكُهُ نَفَذَ، وَإِلَّا فَلَا. . . . . .

(فبيع الفضولي[1]) وهو البائعُ مالَ غيره بغير إذنه ولا ولاية (باطل[2]) للحديث المتقدم[3]، وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة؛ كما لو زوّج أَمَةَ غيره أو ابنته، أو طلّق منكوحته، أو أعتق عبده، أو أَجَّرَ داره أو وقفها أو وهبها، أو اشترى له بعين ماله؛ لأنه ليس بمالك ولا وليّ ولا وكيل، فلو عبّر المصنف بـ«التصرُّف» بدل «البيع» لشمل الصور التي ذكرتُها. (وفي القديم:) تصرّفه المذكور ـ كما رجَّحه المصنف كما مرّ ـ (موقوف) ـ وقيل: التصرف صحيح والموقوفُ الملك كما نقله الرافعي عن الإمام كما مرَّ ـ على الإجازة (إن أجاز مالكه) أو وليّه (نفذَ) ـ بفتح الفاء المعجمة ـ أي مضى، (وإلَّا فلا) ينفذ، ودليل ذلك ما رواه البخاري مرسلًا وأبو داود والترمذي وابن ماجه بإسناد صحيح أنَّ عروة البارقي قال: دفع إليّ رسول الله ﷺ دينارًا لأشتري به شاةً فاشتريت به شاتين، فَبِعْتُ إحداهما بدينار وجئت إلى النبي ﷺ بشاة ودينارٍ، وذكرتُ له ما كان من أمري، فقال: «بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ»، فكان لو اشترى التراب ربح فيه[4]، رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد صحيح. وهذا القول نصَّ عليه في «الأمّ»،

(١) ذهب السَّادة الحنفيّة رضوان الله عليهم أجمعين: إلى أنَّ تصرفات الفضوليّ منعقدة موقوفة على إجازة المالك إذا صدرت من الحرّ العاقل البالغ حال كونها مضافة إلى المبيع، ولا ضرر في التصرُّف على المالك؛ لأنَّه غير مُلْزِم له، وتحتمل تصرُّفاته المنفعة للمالك، فتنعقد تصحيحًا لتصرُّف العاقل وتحصيلًا للمنفعة المحتملة؛ لِمَا رويَ عن حكيم بن حزام: «أنَّ رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا يشتري به أضحيةً، فاشترى أضحيةً بدينار، فباعها بدينارين، ثمَّ اشترى أضحيةً بدينار، وجاءه بدينار وأضحية، فتصدَّق النبيُّ ﷺ بالدينار، ودعا له بالبركة»، ورويَ عن عروة البارقيّ أيضًا، وهو أصحُّ من حديث حكيم، والله أعلم، فكان حكيمٌ أو عروة فضوليًّا؛ لأنَّه باع الشَّاة واشترى الأخرى بغير أمره.
انظر: الفقه الحنفيّ وأدلَّته لسيِّدي ومولاي العلَّامة أسعد محمَّد سعيد الصاغرجيّ، كتاب البيوع، بيع الفضوليّ، (٢/ ٣٢-٣٣).

(٢) أي وإن أجازهُ المالكُ.

(٣) انظر الحديث السابق مع تخريجه وألفاظه والحكم عليه.

(٤) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبيُّ ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر / ٣٤٤٣/ عن عروة رضي الله عنه: «أنَّ النبيَّ ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به»

وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُوَرِّثِهِ ظَانًّا حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيْتًا . . . .

ونقله جماعة عن الجديد، وقال في «زيادة الروضة»: «إنه أقوى من جهة الدليل». وأجيب من جهة الأول: بأن حديث عروةَ محمولٌ على أنه كان وكيلًا مطلقًا عن النبي ﷺ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلّمها، وعند القائل بالجواز لا يجوز التسليم إلَّا بإذن من المالك. والمعتبر إجازة من يملك التصرّف عند العقد؛ حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ.

تنبيه: مَحَلُّ الخلاف إذا لم يحضر المالك، فلو باع مال غيره بحضرته وهو ساكتٌ لم يصح قطعًا كما جزم به في «المجموع». ولو عبّر المصنّف بقوله: «إن أجاز متولّيه» بدل «مالكه» لشمل ما قدّرته.

(**ولو باع مال مورثه**)، أو أبرأ منه، أو زوَّج أَمَتَهُ (**ظانًّا حياته وكان مَيْتًا**) ـ بسكون الياء وتشديدها ـ أو باع عبد نفسه ظانًّا إباقه أو كتابته فبان أنه قد رجع من إباقه أو فسخ

= شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه».
وأخرجه أبو داود، كتاب البيع، باب في المضارب يخالف /٣٣٨٤/ وابن ماجه، أبواب الصدقات، باب الأمين يتّجر فيه فيربح /٢٤٠٢/.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب ما يصحُّ به البيع /١١٢٧/ وقال: أخرجه أبو داود، والترمذيُّ، وابن ماجه، والدارقطنيُّ من حديث عروة البارقيِّ، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد، مختلف فيه، عن أبي لبيد لمازةَ بن زبارٍ، وقد قيل: إنَّه مجهول؛ لكن وثَّقه ابن سعد، وقال حربٌ: سمعت أحمد أثنى عليه. وقال المنذريُّ والنوويُّ: إسنادُه حسن صحيح لمجيئه من وجهين.
وقد رواه البخاريُّ من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة: سمعت الحيَّ يحدِّثون عن عروة به.
ورواه الشافعيُّ عن ابن عيينة، وقال: إن صحَّ قلت به.
وقال في «البويطي»: إن صحَّ حديث عروة فكلُّ من باع أو أعتق ثمَّ رضي فالبيع والعتق جائز. ونقل المزني عنه: أنَّه ليس بثابتٍ عنده.
قال البيهقيُّ: إنَّما ضعَّفه؛ لأنَّ الحيَّ غير معروفين. وقال في موضع آخر: هو مرسل؛ لأنَّ شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة إنَّما سمعه من الحيِّ.
وقال الخطابيّ: هو غير متَّصل؛ لأنَّ الحيَّ حدَّثوه عن عروة. وقال الرافعيُّ في «التذنيب»: هو مرسل.
قلت: والصَّواب أنَّه متَّصِلٌ في إسناده مبهمٌ.

صَحَّ فِي الأَظْهَرِ.

الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ، ....

كتابته (صحّ في الأظهر)؛ لتبين ولايته على ذلك، فالعبرة بما في نفس الأمر لا بما في ظن العاقد، والوقفُ فيه وقف تَبَيُّنٍ لا وقف صحة، ويخالف إخراج زكاة المال بشرط موت مورثه؛ لأن النية معتبرة فيها ولم يَبْنِهَا على أصل. فإن قيل: كيف صحَّ النكاح في تزويج الأمة مع أنه لا يصح نكاح من لم يعلم أنها معتدّة أو أخته أم لا؟ أجيب: بأن الشك ثَمَّ في حِلِّ المعقود عليه، وهنا في ولاية العاقد، وبينهما فرق وإن اشتركا في الركنية. والثاني: لا يصح لظنّه عدم ولايته عليه. ولو باع شيئًا ظنّه لغيره فبان لنفسه فقد جزم الإمام في كتاب الرجعة بالصحة. ولو قال: «إن مات أبي فقد زوجتك أَمَتَهُ» لم يصحّ كما في «الروضة» في النكاح؛ لأنه تعليق فأشبه قوله: «إن قدم زيد زوجتُكَ أَمَتِي»، وصورةُ المسألة وجميع نظائرها كما هو حاصل كلام ابن الصباغ: أن لا يعلما حال التعليق وجود المُعَلَّقِ عليه وإلَّا فيصح؛ ذكره في «المهمات»، وهو مناسب لما يأتي في النكاح في قوله وقد بُشِّرَ ببنتٍ: «إن صدق المخبر فقد زوجتكها».

تنبيه: قوله: «ظانًّا حياته» يفهم أنه لو كان ظانًّا موته يصحُّ جزمًا إذا بان الأمر كما ظنّه؛ ويؤيده أنه لو باع مال أبيه على ظن أنه لنفسه ثم بان موتُ الأب صحَّ قطعًا كما حكاه الإمام عن شيخه، ثم قال: «وهو مع حُسْنِهِ محتمل».

ولو باع ماله[1] هازلًا صحَّ لأنه أتى باللفظ مع قصد واختيار، وعدم رضاه بوقوعه لظنّه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنّه، وكذا لو باع أمانة؛ بأن يبيع ماله لصديقه خوف غصب أو إكراه وقد توافقا قبله على أن يبيعه له لِيَرُدَّهُ إذا أَمِنَ، وهذا كما يسمَّى «بيعَ الأمانةِ» يسمَّى «بيعَ التلجئة».

[الشرط الخامس: علم المتعاقدين بالمبيع]

الشرط (الخامس) من شروط المبيع: (العلم به[2]) للمتعاقدين لا من كل وجه؛ بل

---

(١) ليست في نسخة البابي الحلبي.

(٢) ولو حكمًا ليشمل بيع صاع من صبرة «ح ل». وفيه أنَّ الكلام في شروط المعقود عليه، والعلم وصفٌ للعاقدين، وأجيب: بأنَّ المراد بالعلم كونه معلومًا للعاقدين، فهو مأخوذ من «عُلِمَ» المبني=

فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ، وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ

عينًا[١] في المعيَّن، وقدرًا وصفة فيما في الذمة على ما يأتي بيانه؛ للنهي عن بيع الغرر[٢] كما مرَّ. (فبيع أحد الثوبين) ونحوهما كالعبدين (باطل) للغرر.

(ويصح بيع صاع من صُبْرَةٍ[٣]) - وهي الكومة من الطعام - (تُعلم صيعانُهَا) للمتعاقدين كعشرةٍ؛ لعدم الغرر، وقطع الجمهور بأنه ينزل على الإشاعة، فيملك المشتري عشرها، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع. (وكذا) يصح (إن جهلت)

= للمجهول لا المبني للفاعل. والمراد بالعلم ما يشمل الظنَّ وإن لم يطابق الواقع؛ بدليل مسألة الزجاجة التي ظنَّها جوهرةً؛ بل يُكتفى برؤيته وإن لم يعلم أو يظنَّ من أيِّ الأجناس هو كما في «ح ل» و«ز ي» و«ع ش». وقد لا يشترط العلم للضرورة أو المسامحة كما يأتي في بيع الفقاع، وفي اختلاط حَمَام البُرجين، فإنَّه يجوز لأحد المالكين بيع حمامه للآخر وإن لم يعلماه، وكذا ما كان قشره صوانًا له كما يأتي. انتهى «س ل»، وكذا ماء السقاء في الكوز؛ «شرح م ر»، فلو انكسر ذلك الكوز من يَدِ المشتري بلا تقصير كان ضامنًا لقدر كفايته ممَّا فيه؛ لأنَّه مقبوض بالشراء الفاسد دون ما زاد عليها ودون الكوز؛ لكونهما أمانة في يده، فإن أخذه من غير عوض ضمنه لأنَّه عارية، دون ما فيه؛ لأنَّه غير مقابل بشيء فهو بمعنى الإباحة؛ «شرح م ر». ويجري هذا التفصيل في فناجين القهوة حرفًا بحرف، هذا كلّه إذا انكسر الفنجان مثلًا من يد الشَّارب، فإن انكسرَ من يد غيره بأن دفعه لآخر لِيَسْقِيَ غيره فسقط من يده، فإنَّهما يضمنان؛ أي الدافع والمدفوع له «رشيدي»، وقد أطال الرشيديُّ الكلام عليه، فَراجِعْهُ.

(١) في المعيَّن الذي لم يختلط بغيره كصبرة. وقوله: «وقدرًا»؛ أي مع العين في المعين المختلط؛ كصاع من صبرة، فالواو بمعنى «أو» فيه وفيما بعده. وقوله: «وصفة»؛ أي مع القدر فيما في الذمَّة «شوبري»، وقد أشار إليه بقوله: «على ما يأتي».

(٢) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غدر /٣٨٠٨/ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر».
وأخرجه أبو داود في «سننه»، كتاب البيوع، باب في بيع الغرر /٣٣٧٦/ ، والترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر /١٢٣٠/ كلاهما بمثل لفظ مسلم رحمه الله تعالى.

(٣) أي من برّ أو نحوه ممَّا تكفي رؤية ظاهره، والصُّبرة هي الكوم من الطعام، وإطلاقها على الجملة من الدراهم مثلًا مجاز، وجمعها: «صُبَر» كغرفة وغرف «ع ش». وخرج بـ«صبرة» الأرضُ والدار والثوب ففيه تفصيل، فإن علم ذرعان ذلك صحَّ بيع ذراع مثلًا شائع من كلٍّ، وإن جهلا أو أحدهما لم يصحَّ؛ لأنَّ أجزاء الصبرة لا تتفاوت؛ بخلاف أجزاء ما ذكر «ز ي».

فِي الأَصَحِّ. ....

أي صيعانها للمتعاقدين أو أحدهما (في الأصح) لتساوي أجزائها، وتغتفر جهالة المبيع هنا فإنه ينزل على صاع مبهم لتعذّر الإشاعة؛ حتى لو لم يبق منها غير صاع تَعَيَّنَ. وللبائع تسليمه من أسفل الصبرة ووسطها؛ إذ رؤية ظاهرها كرؤية كلِّها. بخلاف بيع ذراع من مجهول الذُّرْعَانِ من أرض أو ثوب؛ لتفاوت الأجزاء؛ كبيع شاة من هذه الشياه، وبخلاف ما لو فرّق الصيعان وباع صاعًا منها؛ قال القاضي: «لأنها ربما تفاوتت في الكيل فيختلف الغرض». والثاني: لا يصح؛ كما لو فرّق صيعانها وقال: «بعتك صاعًا منها»، وعلى الأوّل هي مستثنى من اشتراط العلم، واسْتُثْنِي مسائل أيضًا للضرورة والمسامحة:

منها: ما لو اختلط حَمَامُ البرجين وباع أحدهما ماله لصاحبه فإنه يصح على الأصح كما ذكره المصنف في باب الصيد والذبائح.

ومنها: ما لو باع المال الزكوي بعد الوجوب فإن الأصحَّ البطلان في قدر الزكاة والصحة في غيره وهو مجهول العين.

ومنها: شراء كوز الفُقَّاع، وما المقصود لبّه كالخُشْكُنَانِ(١).

ومنها: بيع القزّ وفي باطنه الدود، وسواء أكان حيًّا أم ميتًا، وسواء أباعه وزنًا أم جزافًا، فإذا باعه وزنًا كان المبيع مجهول القدر.

ولو باع الصُّبْرة إلَّا صاعًا وصيعانُها معلومةٌ صحَّ وإلَّا فلا؛ «لأَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا» ـــ رواه الترمذي ـ «إِلَّا أَنْ تُعْلَم»(٢)، وقال: «حسن صحيح»، ولأن المبيع

---

(١) هو اسم لقطعة عجين يوضع فيها شيء من السُّكَّر واللَّوز والجوز والفستق وفطيرة رقيقة، ويجعل المجموع في هذه الفطيرة ويُسوى بالنَّار، فالفطيرة الرقيقة هي القشرة فتكفي رؤيتها عن رؤية ما فيها؛ لأنها صوانٌ له.

(٢) أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثُّنيا / ١٢٩٠/ عن جابر رضي الله عنه: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، والثُّنيا إلَّا أن تعلم».
قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه.
قلتُ: وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة=

وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً، أَوْ بِزِنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ، أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ لَمْ يَصِحَّ. . . . .

ما وراء الصاع وهو مجهول، بخلاف بيع صاع منها كما مرَّ لأنه معلوم القدر والصفة، وبخلاف بيع جميع الصبرة؛ لأن العيان يحيط بظاهر المبيع من جميع جوانبه فكان أقدر على تخمين مقداره، بخلافه في مسألتنا لا يمكن فيه ذلك لأن المبيع خالطه أعيان أُخَر، ولا يكفي مجرد التخمين؛ بل لا بدَّ من إحاطة العيان بجميع جوانب المبيع ولم يوجد هنا، ولو قال: «بعتك نصفها وصاعًا من النصف الآخر» صحّ، بخلاف «إلَّا صاعًا منه»، ولو قال: «بعتك كل صاع من نصفها بدرهم وكل صاع من نصفها الآخر بدرهمين» صحَّ.

(ولو باع بملء ذا البيت حنطةً أو بزنة هذه الحصاة ذهبًا أو بما باع به فلانٌ فرسه) مثلًا؛ أي بمثل ذلك، ولم يَعلما أو أحدهما قبل العقد المقدار، (أو بألفِ دراهم ودنانير) أو صحاح ومكسَّرة (لم يصح) البيع للجهل بأصل المقدار في الثلاثة الأُوَل، وبمقدار الذهب من الفضة أو الصحاح والمكسرة في الرابعة، فإن علما قبل العقد مقدار البيت والحصاة وثمن الفرس وقال فيه: «بمثل» كما مرَّ صَحَّ لانتفاء المحذور، وكذا إن قصده كما في «المطلب»، فإن لم يقل: «بمثل» ولم يقصده صحَّ أيضًا كما لو قال: «أَوصيت لفلان بنصيب ابني» فإنه يحمل على مثل نصيبه، أما لو كان ما باع به فلانٌ فرسَهُ قد صار للمشتري بإرث أو غيره وهو باق فإن الإطلاق ينزل عليه لا على مثله إذا

= قبل بدوِّ صلاحها وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين /٣٩١٣/ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة ـ قال أحدهما: بيع السِّنين هي المعاومة ـ وعن الثُّنيا، ورخَّص في العرايا».

قال ابن حجر: المراد بـ«الثُّنيا»: الاستثناء في البيع؛ نحو أن يبيع الرجل شيئًا ويستثني بعضه، فإن كان الذي استثناه معلومًا نحو أن يستثني واحدة من الأشجار، أو منزلًا من المنازل، أو موضعًا معلومًا من الأرض صحَّ بالاتفاق، وإن كان مجهولًا نحو أن يستثني شيئًا غير معلوم لم يصحَّ البيع، والحكمة في النهي عن استثناء المجهول ما يتضمَّنه من الغرر مع الجهالة. انتهى.

انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيّ، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثُّنيا، (٤/٥٨١).

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ تَعَيَّنَ، . . . .

قصده البائع. ومحلّ امتناع البيع بما ذكر إذا كان في الذمة، فإن كان الثمن معينًا؛ كأن قال: «بعتك بملء هذا البيت من هذه الحنطة» صحَّ كما صرَّح به في «المجموع» و«الشرح الكبير» في السَّلَمِ، وعلّله الرافعي: بإمكان الأخذ قبل تلف البيت.

تنبيه: قوله: «بملء» كذا في «المحرر» مجرور بالحرف فيكون من صور الثمن كما تقرَّر، والذي في «الروضة» وأصلها «مِلْءَ» منصوب ولا حرف معه فيكون من صور المبيع، وهو أحسن.

[حكم البيع إذا ما أُطْلِقَ النَّقد وفي البلد نقدان فأكثر]

(ولو باع[١] بنقد) دراهم أو دنانير وأطلق (وفي البلد نقد) منها (غالب[٢]) وغير غالب (تعيّن[٣]) الغالبُ ولو كان دراهم عددية زائدة الوزن أو ناقصته أو صحاحًا ومكسرة؛ لأن الظاهر إرادتهما له، ولو غلب من جنس العروض نوعٌ انصرف العقد إليه عند الإطلاق على الأصح؛ كأن يبيع ثوبًا بصاع حنطة والمعروف في البلد نوع منها، ولو غلبت الفلوس حمل العقد عليها كما جزم به الشيخان، قال الأذرعي: «هذا إذا سَمَّى الفلوس، أما إذا سمَّى الدراهم فلا». انتهى.

تنبيه: لا تدخل هذه الصورة ولا التي قبلها في عبارة المصنف؛ لأن الفلوس ليست من النقد وإن أوهمت عبارة الشارح وابن المقري أنها منه، فلو عبّر بـ«الثمن» لكان أَوْلَى.

---

(١) مثل البيع الشراءُ، ومثل النقد العَرْضُ؛ كالبرِّ.

(٢) أي في مكان البيع، قال في «التحفة»: سواء كان كُلٌّ منهما من أهلها ـ أي بلد البيع ـ ويعلم نقودها أو لا على ما اقتضاه إطلاقهم، وفيه وقفةٌ لمنافاته للتعليل الآتي؛ ولأنه إذا جهل كُلٌّ منهما نقد البلد كان الثمن مجهولًا لهما، فالوجه عدم العمل بهذا الإطلاق «شوبري»، وكلام «ح ل» يوافق ما في «التحفة» وهو أنه يتعين ولو مع جهلهما به. وقوله: «لأن الظاهر إرادتهما له» أي شأنه أن يراد «ح ف».

(٣) نعم إن تفاوتت قيمةُ أنواعه ـ أي الغالب ـ أو رواجها وجب التعيين، وذكر النقد للغالب، أو المرادُ مطلق العوض؛ «شرح حج». وعبارة «ع ش»: «مفهومه أنَّه لا يجوز إبداله بغيره وإن ساواه في القيمة»، وهو ظاهر، ويوافقه ما في «سم» عند قول المصنف: «فقبل بصحيحةٍ لم يصحَّ» ما نصه: مثله ما لو أجاب بألف من نقدٍ آخر مخالفٍ للأول في السكّة دون القيمة فإنه لا يصحُّ «م ر».

أَوْ نَقْدَانِ لَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا اشْتُرِطَ التَّعْيِينُ.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصِّيعَانِ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ، . . . .

ولا يحتاج في الفلوس إلى الوزن بل تجوز بالعَدِّ وإن كانت في الذمة. ولو كان النقد مغشوشًا جازت المعاملة به وإن جهل قدر الفضة نظرًا للعرف، ولو بان بعد البيع قِلَّةُ فضة المغشوش جدًّا ثبت الردّ إن اجتمع منها مالية لو ميزت، وإلَّا فيبطل البيع كما لو ظهرت من غير الجنس. ولو باع بوزن عشرة دراهم من فضة ولم يبين أنها مضروبة أو تِبْرٌ لم يصح لتردده.

(أو) في البلد **(نقدان)** فأكثر ولو صحاحًا ومكسّرة **(لم يغلب أحدهما)** أو غلب أحدهما واختلفت القيمة **(اشترط التعيين)** لفظًا؛ لاختلاف الغرض باختلافهما، فلا يكفي التعيين بالنية، بخلاف نظيره في الخلع لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر هنا. فإن قيل: لو قال من له بناتٌ: «زوجتك بنتي» ونويا واحدة فإنه يصحّ مع أن النكاح يُحتاط فيه، أجيب: بأن ذكر العوض هنا واجب فوجب الاحتياط باللفظ؛ بخلافه ثَمَّ فاكتفى بالنية فيما لا يجب ذكره. أما إذا اتفقت النقود ولو صحاحًا ومكسّرة ـ بأن لم تتفاوت قيمةً وغلبةً ـ فإن العقد يصح بها من غير تعيين، ويسلّم المشتري أيها شاء.

ولو باع بنقد معدوم أصلًا ولو مؤجّلًا، أو معدوم في البلد حالًّا أو مؤجلًا إلى أجلٍ لا يمكن فيه نقله إلى البلد عادة لم يصح؛ لعدم القدرة على تسليمه، أو إلى أجلٍ يمكن فيه النقل عادة بسهولة للمعاملة صحَّ، فلو لم يحضره استبدال عنه لجواز الاستبدال عنه فلا ينفسخ العقد، وكذا يستبدل لو باع بموجود عزيز فلم يجده. وليس له فيما إذا عقد بنقدٍ إلَّا النقد الواجب بالعقد وإن أبطله السُّلطان؛ كما لو أسلم في حنطة فرخصت ليس له غيرها. ولو باع بنقد ثم لقيه في بلد آخر لا يتعاملون به فيه فدفعه إليه لزمه قبوله في الأصح.

[حكم بيع الصُّبرة المجهولة الصيعان كلَّ صاع بدرهم]

(ويصح بيع الصبرة المجهولة الصيعان) للمتعاقدين **(كُلَّ صاع بدرهم)**، قال الشارح: بنصب «كلّ»؛ أي على تقدير: «بعتك الصبرة»، ويصح جرُّه على أنه بدل من

وَلَوْ بَاعَهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِائَةً، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

الصُّبرة. وإنما صحَّ هذا البيع لأن المبيع مشاهَدٌ، ولا يضر الجهل بجملة الثمن لأنه معلوم بالتفصيل والغَرَرُ مرتفع به؛ كما إذا باع بثمن معين جزافًا، وقيل: لا يصح البيع؛ لأنه لم يعلم مبلغ الثمن في حال العقد، وعلى الأول فارق عدم الصحة فيما لو باع ثوبًا بما رُقِمَ ـ أي كتب ـ عليه من الدراهم المجهولة القدر: بأن الغرر منتفٍ في الحال؛ لأن ما يقابل كل صاع معلوم القدر حينئذ بخلافه في تلك. ومثل الصبرة ما لو قال: «بعتُكَ هذه الأرض ـ أو هذا الثوب ـ كل ذراع بدرهم» أو «هذه الأغنام ـ أو العبيد ـ كل واحد بدرهم»، ولو قال: «بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم» أو «كل صاع من هذه الصبرة بدرهم» لم يصحّ؛ لأنه لم يبع الجملة بل بعضها المحتمل للقليل والكثير فلا يعلم قدر المبيع تحقيقًا ولا تخمينًا. وإن قال: «بعتك صاعًا منها بدرهم وما زاد بحسابه» صحَّ في صاع فقط لأنه المعلوم، أو «بعتكها ـ وهي عشرة آصُع ـ كل صاع بدرهم وما زاد بحسابه» صحَّ في العشرة فقط لما مرَّ، بخلاف ما لو قال فيهما: «على أن ما زاد بحسابه» لم يصحّ؛ لأنه شرط عقد في عقد.

(ولو) قابل جملة الصُّبرة أو نحوها ـ كأرض وثوب ـ بجملة الثمن وبعضها بتفصيله؛ كأن (باعها) أي الصبرة أو الأرض أو الثوب (بمائة درهم كل صاع) أو ذراع (بدرهم صحَّ إن خرجت مائة) لتوافق الجملة والتفصيل، (وإلَّا) أي وإن لم تخرج مائة؛ بأن خرجت أقل أو أكثر (فلا) يصح البيع (على الصحيح)، وفي «الروضة»: «الأظهر»؛ لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله. والثاني: يصح تغليبًا للإشارة. فإن قيل: يشكل على الأول ما صحَّحه في «زوائد الروضة» في باب الربا: من أنه لو باع صبرة حنطة بِصُبرة شعير صاعًا بصاع، فزادت إحداهما ورضي صاحبها بتسليم الزيادة تَمَّ البيع ولزم الآخَرَ قبولُها، أو صاحب الناقصة بقدرها أقرَّ، وإن تشاحَّا فسخ العقد، أجيب: بأن الثمن هنا عُيِّنَتْ كَمِّيَّتُهُ، فإذا اختل عنها صار مبهمًا فأبطل، بخلافه ثَمَّةَ لم تعين كمية صيعانه، والصبرة الناقصة قد ورد العقد على جميعها، فصار كما لو باع صبرة صغيرة بقدرها من كبيرة فإنه يصحّ. أما إذا قابل الجملة بالجملة ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء؛ كأن قال: «بعتُكَها بمائة على أنها مائة» فإنه يصحّ وإن خرجت زائدة أو ناقصة، ويثبت

وَمَتَى كَانَ الْعِوَضُ مُعَيَّنًا كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ، . . . . . .

الخيار لمن عليه الضرر، فإن قال المشتري للبائع: «لا تفسخ وأنا أقنع بالقدر المشروط» أو «أنا أعطيك ثمن الزائد» لم يسقط خيار البائع، ولا يسقط خيار المشتري بحطّ البائع من الثمن قدر النقص، وإذا أجاز فبالمسمَّى فقط. أو قابل الأجزاء بالأجزاء ولم يقابل الجملة بالجملة؛ كأن قال: «بعتكها كل صاع بدرهم على أنها مائة صاع» فهي ـ كما قال الإسنوي ـ قريبة من الأُولى وإن جزم الماوردي بالصحة عند النقصان، وخرج الزائدة على القولين.

(ومتى كان العوض) أو المُعَوَّضُ (معينًا) قال الشارح: «أي مشاهدًا؛ لأن المعين صادق بما عين بوصفه وبما هو مشاهد؛ أي معاين؛ فالأول من التعيين والثاني من المعاينة؛ أي المشاهدة»، وهو مراد المصنف بقرينة قوله: (كَفَتْ معاينته) عن العلم بقدره؛ اعتمادًا على التخمين المصحوب بها، فلو قال: «بعتُكَ بهذه الدراهم أو هذه الصبرة» وهي مجهولة القدر صحّ البيع اعتمادًا على المشاهدة مع الكراهة؛ لأنه قد يوقع في الندم. فإن قيل: قد صرّح في التتمة بأن مجهول الذرع لا كراهة فيه، أجيب: بأن الصُّبْرَةَ لا تعرف تخمينًا غالبًا لتراكم بعضها على بعض بخلاف المذروع. ولو علم أحد المتعاقدين أن تحتها دَكَّةً أو موضعًا منخفضًا أو اختلاف أجزاء الظرف الذي فيه العوض أو المُعَوَّضُ من نحو ظرف عسل وسمن رِقَّةً وغلظًا بطل العقد لمنعها تخمين القدر فيكثر الغرر، قال شيخي: «لأن التخمين يضعف عند العلم»، نعم إن رأى ذلك قبل الوضع فيه صحَّ البيع لحصول التخمين، وإن جهل كل منهما ذلك بأن ظنّ أن المحل مُسْتَوٍ فظهر خلافه صحّ البيع وخُيِّر من لَحِقَهُ النقص بين الفسخ والإمضاء إلحاقًا لما ظهر بالعين، فالخيار في مسألة الدَّكَّة للمشتري، وفي الحفرة للبائع، وقيل: إن ما في الحفرة للبائع ولا خيار، وجرى على ذلك في «التهذيب».

[حكم بيع الشيء الغائب]

(والأصحُّ[1] أنه لا يصح بيع الغائب)، وهو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما وإن كان

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «والأظهر».

وَالثَّانِي: يَصِحُّ.

وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ، . . . .

حاضرًا؛ للنهي عن بيع الغرر[1]. (والثاني: يصح) إذا وصف بذكر جنسه ونوعه اعتمادًا على الوصف، فيقول «بعتُكَ عبدي التركي» أو «فرسي العربي» أو نحو ذلك، وهذا لا بدّ منه على هذا، وقيل: لا حاجة إلى ذلك، وهو ما يوهمه إطلاق المصنف؛ حتى لو قال: «بعتك ما في كَفِّي» أو «ميراثي من أبي» صحّ.

[مطلبٌ في خيار الرؤية]

(ويثبت الخيار) للمشتري (عند الرؤية) وإن وجده كما وصف؛ لحديث: «لَيْسَ الخَبَرُ كَالمُعَايَنَةِ»[2] رواه بهذا اللفظ الإمام أحمد وابن حِبَّان والغزالي في «الأوسط». ولا خيار للبائع خلافًا لمقتضى إطلاق المتن وإن قوّاه الإسنوي، نعم إن وجده زائدًا ثبت له الخيار كالمشتري إذا وجده ناقصًا؛ قاله الماوردي، ودليل هذا القول حديث:

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غررٌ /٣٨٠٨/ عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر».
وأخرجه أبو داود في «سننه»، كتاب البيوع، باب في بيع الغرر /٣٣٧٦/، والترمذي في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر /١٢٣٠/ كلاهما بمثل لفظ مسلم رحمه الله تعالى.

(٢) أخرجه الطبرانيُّ في «المعجم الأوسط»، باب من اسمه محمَّد /٦٩٨٦/ بلفظ: «ليس الخبر كالمعاين».
وذكره الهيثميُّ في «مجمع الزوائد»، كتاب العلم، باب في الخبر والمعاينة /٦٨٨/، وقال: رواه الطبرانيُّ في «الأوسط»، ورجاله ثقات.
وأخرجه أحمد في «مسنده»، مسند عبد الله بن العبَّاس بن عبد المطلب عن النَّبيِّ ﷺ /١٨٤٢/ بلفظ الترجمة. قال محقِّقُهُ العلامة الشيخ أحمد محمَّد شاكر: إسناده صحيح.
وأخرجه ابن حبَّان في «صحيحه»، كتاب التاريخ، ذكر السبب الذي من أجله ألقى موسى الألواح /٦١٨٠/ بلفظ: «ليس الخبرُ كالمعاينة، قال الله لموسى: إنَّ قومك صنعوا كذا وكذا. فلم يُبَالِ، فلمَّا عاين ألقى الألواح».
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب التفسير، تفسير سورة الأعراف /٣٢٥٠/ قريبًا من لفظ ابن حبَّان رحمه الله تعالى، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيّ على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط البخاريّ ومسلم.

وَتَكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ، . . . .

«مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ»[1]؛ لكنه حديث ضعيف كما قاله البيهقي، وقال الدارقطني: «إنه باطل». وينفذ قبل الرؤية الفسخ دون الإجازة. ويمتد الخيار امتداد مجلس الرؤية، وقيل: على الفور، ويجري القولان في رهن الغائب وهبته، وعلى صحتهما لا خيار عند الرؤية إذ لا حاجة إليه، قال في «المجموع»: «ويجري القولان في الوقف أيضًا»، ولكن الأصح في «زوائد الروضة» تبعًا لابن الصلاح في كتاب الوقف صحته وأنه لا خيار عند الرؤية، ولا ينافي ذلك ما نقل عن «فتاوى القفال» من الجزم بالمنع؛ لأن كلام المصنف وابن الصلاح في وقف ما استقرّ ملكه عليه ولم يره؛ كأن ورثه أو اشتراه له وكيله، وكلام القفال فيما لم يستقر ملكه عليه.

(و) على الأظهر في اشتراط الرؤية (**تكفي الرؤية قبل العقد**[2]) ولو لمن عَمِيَ وقته (**فيما لا يتغير غالبًا إلى وقت العقد**)؛ كالأرض ونحو الحديد وإن منعنا بيع الغائب؛ لأنه قد عرفه بتلك الرؤية والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه، قال الماوردي: «وإنما تكفي الرؤية السابقة إذا كان حال العقد ذاكرًا للأوصاف، فإن نسيها لطول المدة ونحوه فهو

---

(١) أخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع /٢٧٧٧/ عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ.
وقال: قال أبو الحسن: هذا مرسلٌ، وأبو بكر بن أبي مريم ـ أحد رجال الإسناد ـ ضعيف.
وأخرجه أيضًا في الحديث رقم /٢٧٧٩/ عن محمَّد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب ما يصحُّ به البيع /١١٣٠/ وقال: أخرجه الدارقطنيُّ والبيهقيُّ من حديث أبي هريرة، وفيه عمر بن إبراهيم الكرديُّ؛ مذكور بالوضع، وذكر الدارقطنيُّ أنَّه تفرَّد به. قال الدارقطنيُّ والبيهقيُّ: المعروف أنَّ هذا من قول ابن سيرين. وجاء من طريق أخرى مرسلة عن مكحول عن النبيِّ ﷺ أخرجها ابن أبي شيبة والدارقطنيُّ والبيهقيُّ، والراوي عنه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف.
وقد علَّق الشافعيُّ القول به على ثبوته، ونقل النوويُّ اتفاق الحفَّاظ على تضعيفه، وطريق مكحول المرسلة على ضعفها أمثل من الموصولة.

(٢) فإن وجده المشتري متغيرًا عما رآه عليه تخيَّر. فلو اختلفا في تغيُّره فالقول قول المشتري بيمينه، ويُخيَّر؛ لأن البائع يدعي عليه أنه رآه بهذه الصفة الموجودة الآن ورضي به، والأصل عدم ذلك، وإنما صُدِّق البائع فيما لو اختلفا في عيبٍ يمكن حدوثه؛ لأنهما قد اتفقا على وجوده في يد المشتري، والأصل عدم وجوده في يد البائع.

دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا. وَتَكْفِي رُؤْيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ؛ كَظَاهِرِ الصُّبْرَةِ، . .

بيع غائب»، وهو ظاهر كما قال شيخنا وإن استغربه في «المجموع»، وبه جزم الروياني وابن الرفعة. وقال النشائي في «نُكته»: «إنه ظاهر النَّصِّ». وإن وجده متغيرًا ثبت له الخيار، وقيل: يتبين بطلان العقد. وليس المراد بالتغيّر حدوث عيب فيه فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة؛ بل التغير عمّا كان عليه، والصفة الموجودة عند الرؤية كالشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية، فإذا بان فَوْتُ شيء منها كان بمثابة الخلف في الشرط، وإن اختلفا في التغيّر فقال البائع: «هو بحاله» وقال المشتري: «بل تغيّر» صُدِّقَ المشتري بيمينه؛ لأن البائع يدّعي عليه علمه بهذه الصفة، والأصل عدمه كدعوى علمه بالعيب. فإن قيل: هذا مُشْكِلٌ بما إذا اختلفا في عيب يمكن حدوثه فإن القول قول البائع في الأصح، أجيب[١]: بأنهما ثَمَّ اتفقا على وجود العيب في يد المشتري، والأصل عدم وجوده في يد البائع.

تنبيه: قول المصنف: «فيما لا يتغير غالبًا» يفهم الصحة فيما يحتمل التغيّر وعدمه على السواء؛ كالحيوان، وهو الأصح لأنه يصدق بأنه لا يتغير غالبًا، ولا ينافيه قوله: (دون ما يتغير غالبًا) كالأطعمة؛ بل يوافقه، قال ابن شهبة: خلافًا لمن قال من شُرَّاح الكتاب: إن مفهوم «المنهاج» متدافع فإنه يفهم أوّل كلامه البطلان ومفهوم آخره الصحة. وإنما بطل فيما يتغير غالبًا لأن الرؤية السابقة لم تُفِدْ معرفةً حال العقد، وعلم من كلامه البطلان فيما تحقق تغيّره بطريق الأَوْلَى.

[حكم رؤية بعض المبيع دون بعضٍ]

(وتكفي رؤية بعض المبيع إن دَلَّ على باقيه[٢]؛ كظاهر الصبرة[٣])؛ من حنطة ونحوها وجَوزٍ ونحوه وأَدِقَّةٍ، وكأعالي المائعات في أوعيتها كالدهن، وأعلى التمر في قَوْصَرَّتِهِ[٤] والطعام في آنيته، وكذا القطن المجرّد عن جوزه ولو في عدله، ولا خيار له

(١) في نسخة البابي الحلبي: «قلت: أجيب».
(٢) أي على أنَّ الباقي مثله.
(٣) أي المبيعة كلّها أو بعضها على الإشاعة.
(٤) القَوْصَرَّةُ ـ بالتَّثقيل والتَّخفيف ـ: وعاء التمر يُتَّخذ من قصب.
انظر: المصباح المنير، كتاب القاف، مادة «قصر»، ص/ ٥١٤/ .

وَأُنْمُوذَجِ الْمُتَمَاثِلِ، أَوْ كَانَ صِوَانًا لِلْبَاقِي خِلْقَةً؛ كَقِشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ، وَالْقِشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجَوْزِ وَاللَّوْزِ.

إذا رأى الباطن إلَّا إذا خالف الظاهرَ بنقص، بخلاف صُبْرَةِ الرمان والسفرجل والبطيخ ونحو ذلك لعدم الدلالة على باقيها؛ بل يشترط رؤية كل واحدة منها؛ حتى لو رأى أحد جانبي البطيخة كان كبيع الغائب ولو كان الغالب أنها لا تتفاوت كالثوب الصفيق يرى أحد وجهيه؛ قاله البغوي في «فتاويه». قال الشيخان: «ولا يكفي في سَلَّةِ[١] العنب والخوخ ونحوهما رؤية أعلاها؛ لكثرة الاختلاف في ذلك بخلاف الحبوب».

(و) مثل (أُنْمُوذَج[٢] المتماثل) أي المتساوي الأجزاء كالحبوب، فإن رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع، فلا بدّ من إدخاله في البيع، ولا يشترط خلطه في المبيع، قبله، فإذا قال: «بعتك حنطة هذا البيت مع الأنموذج» صحَّ وإن لم يخلطه بها قبل البيع، وقول الإسنوي: «إنه لا بدّ من خلطه في المبيع قبل عقد البيع كما أفتى به البغوي» ممنوعٌ؛ لأن البغوي إنما أفتى بأنه لا يصح وإن خلط بها؛ كما لو باع شيئًا رأى بعضه دون بعض. أما إذا باعها دونه ـ كأن قال: «بعتك من هذا النوع كذا» ـ فإنه لا يصح لأنه لم يَرَ المبيع ولا شيئًا منه.

تنبيه: قوله: «وَأُنْمُوذَجِ» هو ـ بضم الهمزة والميم وبفتح الذال المعجمة ـ مقدار تُسَمِّيْهِ السماسرة «عينًا»، معطوف على «ظاهر» من قوله: «كظاهر الصبرة» كما علم من التقدير، فيكون كل منهما ـ أعني من «ظاهر» و«أنموذج» ـ مثالًا لبعض المبيع الدالّ على باقيه، لا أنه معطوف على «بعض المبيع» فإنه من أمثلة رؤية البعض؛ لما تقدم من أنه لا بدّ من إدخاله في البيع.

(أو) لم يدل على باقيه؛ بل (كان صِوانًا) ـ بكسر الصاد وضمِّها، ويقال: «صيان» ـ (للباقي) لبقائه (خلقة؛ كقشر الرمان والبيض، والقشرة السفلى للجوز واللوز) فتكفي رؤيته؛ لأن صلاح باطنه في بقائه فيه وإن لم يدل هو عليه، فقوله: «أو كان... إلى آخره» قسيم قوله: «إن دلّ» كما قدّرته. وقوله كالمحرَّرِ: «خلقة» مزيدٌ على «الروضة»

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «مسألة».

(٢) وهو المسمى بـ«العَيِّنَةِ»، وذلك كأن يأخذ البائع قدرًا من البرّ ويريه للمشتري.

. . . .

وأصلها، وهو صفة لبيان الواقع في الأمثلة المذكورة ونحوها، واحترز به عن جلدة الكتاب ونحوه فإن رؤيته لا تكفي، ولكن يَرِدُ على طرده الدُّرُّ في صدفه والمسكُ في فأرته؛ لأنه لا يصح البيع فيهما مع أن الصوان خلقيّ، وعلى عكسه الخُشْكُنَانُ والجُبَّةُ المحشوة بالقطن فإنه يصح بيعهما مع أن صوانهما غير خلقي، قال الأذرعي: وهل يلتحق الفرش واللُّحُفُ بهما؟ فيه وقفة، والظاهر ـ كما قال ابن شهبة ـ عدم الإلحاق؛ لأن القطن فيها مقصود لذاته بخلاف الجُبَّةِ. ولا يَرِدُ على المصنف بيع كوز الفُقَّاع كما أورده الإسنوي فإنه يصح بيعه فيه من غير رؤية كما مرَّ؛ لأن الكوز ليس داخلًا في البيع بخلاف الخشكنان ونحوه، وإنما يَرِدُ على اشتراط الرؤية كما مرَّ. وإنما صحَّ فيه من غير رؤية لأن بقاءه فيه من مصلحته، ولأنه تشقّ رؤيته، ولأنه قدر يسير يتسامح به في العادة، وليس فيه غرر يفوت به مقصود معتبر.

واحترز بوصف القشرة بـ«السفلى» لما ذكر ـ وهي التي تُكسر حالة الأكل ـ عن العليا، فإنه لا يصح البيع قبل إزالتها كما سيأتي في باب بيع الأصول والثمار؛ لاستتاره بما ليس من مصلحته؛ نعم إن لم تنعقد السفلى كَفَتْ رؤية العليا لأن الجميع مأكول.

ولا يصحُّ بيع اللبِّ من نحو الجوز وحده في قشره؛ لأن تسليمه لا يمكن إلَّا بكسر القشر فينقص عين المبيع، ولا بيع ما رُؤي من وراء زجاج لانتفاء تمام المعرفة وصلاح إبقائه فيها، بخلاف رؤية السمك والأرض تحت الماء الصافي إذ به صلاحهما، أما الكدر فإنه يمنع صحة البيع وإن لم يمنع صحة الإجارة؛ لأنها أوسع لأنها تقبل التأقيت، ولأن العقد فيها على المنفعة دون العين، ويجوز بيع قصب السكر في قشره الأعلى؛ لأن قشره الأسفل كباطنه؛ لأنه قد يمصّ معه فصار كأنه في قشر واحد.

فائدة: روي عن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما أنه كان إذا سقطت منه حبة رمانة أكلها، فَسُئِلَ عن ذلك فقال: بلغني عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيْسَ فِي الأَرْضِ رُمَّانَةٌ تُلْقَحُ إِلَّا بِحَبَّةٍ مِنْ رُمَّانِ الْجَنَّةِ» فَلَعَلَّهَا هذه[1]. وقيل: إذا أخذتَ رمانةً من شجرة وعددت

(١) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير»، (١٠/ ٢٦٣)، الحديث رقم / ١٠٦١١/ . وذكره الهيثميُّ في «مجمع الزوائد»، (٥/ ٤٥)، الحديث رقم / ٨٠٤٠/ وقال: رواه الطبراني، ورجاله رجاله الصَّحيح

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ، . . . .

حبَّاتها فتكون حَبَّاتُ رمان تلك الشجرة كذلك، وإذا عددت شرافات قِمْعِ الرمانة: فإن كانت زوجًا فعدد حباتها زوج، أو فردًا فعدد حَبَّاتِهَا فرد.

[المعتبرُ في الرؤية]

(وتعتبر رؤية كل شيء) غير ما ذكر (على ما يليق به)، فَيُعتبر في الدار رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمُسْتَحَمِّ والبالوعة، وكذا رؤية الطريق كما في «المجموع»، وفي البستان رؤية أشجاره ومجرى مائه، وكذا يشترط رؤية الماء الذي تدور به الرحى خلافًا لابن المقري لاختلاف الغرض، ولا يُشترط رؤية أساس جدران البستان، ولا رؤية عروق الأشجار ونحوهما، ويشترط رؤية الأرض في ذلك ونحوه. ولو رأى آلة بناء الحمام وأرضها قبل بنائها لم يَكْفِ عن رؤيتها؛ كما لا يكفي في التمر رؤيته رطبًا. ولو رأى سَخْلَةً أو ظبيًا فكملا لا يصح بيعها إلَّا برؤية أخرى. ويشترط في الرقيق ذكرًا كان أو غيره رؤية ما سوى العورة لا اللسان والأسنان. ويشترط في الدابة رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها وظهرها حتى شعرها، فيجب رفع الجُلِّ والسَّرج والإكاف، ولا يشترط إجراؤها ليعرف سيرها، ولا يشترط في الدابة رؤية اللسان والأسنان.

ويشترط في الثوب نشره ليرى الجميع ولو لم ينشر مثله إلَّا عند القطع، ويشترط في الثوب رؤية وجهي ما يختلف منه؛ كأن يكون صَفِيقًا كديباج مُنَقَّشٍ وبُسُط، بخلاف ما لا يختلف وجهاه ككِرْبَاسٍ[١] فتكفي رؤية أحدهما.

ويشترط في شراء المصحف رؤية جميع الأوراق، وفي الورق البياض[٢] رؤية جميع الطاقات.

ولا يصح بيع اللَّبَنِ في الضرع وإن حلب منه شيء ورُؤي قبل البيع؛ للنهي عنه ولاختلاطه بالحادث ولعدم تيقن وجود قدر اللبن المبيع ولعدم رؤيته، ولا بيع الصوف

---

(١) المراد به ما لا يختلف وجهاه ولو كانت أقمشةً رقيقةً.

(٢) أي ذي البياض، والمراد بـ«البياض» الذي لم يكتب فيه، فيشمل الأصفر وغيره.

وَالأَصَحُّ أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَمِ لَا يَكْفِي. ....

قبل الجزّ أو التذكية لاختلاطه بالحادث، ولأن تسليمه إنما يمكن باستئصاله وهو مؤلم للحيوان، فإن قبض قبضة[1] وقال: «بعتُكَ هذه» صحَّ قطعًا كما في «المجموع»، ولا بيع الأكارع والرؤوس قبل الإبانة، ولا المذبوح أو جلده أو لحمه قبل السلخ أو السَّمْطِ[2]؛ لأنه مجهول، قال الأذرعي: «وكذا مسلوخ لم يُنَقَّ جوفه وبيع وزنًا، فإن بيع جزافًا صحَّ، بخلاف السمك والجراد فيصح مطلقًا لقلة ما في جوفه». ولا بيع مسك اختلط بغيره لجهل المقصود كنَحْوِ لَبَنٍ مخلوط بنحو ماء؛ نعم إن كان معجونًا بغيره كالغالية والندّ صحَّ؛ لأن المقصود بيعهما لا المسك وحده. ولو باع المسك في فأرته لم يصح ولو فتح رأسها كاللحم في الجلد، فإن رآها فارغة ثم مُلِئَتْ مسكًا لم يَرَهُ ثم رأى أعلاه من رأسها أو رآه خارجها ثم اشتراه بعد ردّه إليها جاز. ولو باعه السمن وظرفه أو المسك وفأرته كُلَّ قيراط بدرهم مثلًا صحَّ وإن اختلفت قيمتهما إن عرفا وزن كُلٍّ منهما وكان للظرف قيمة وإلَّا فلا يصحّ. ويجوز بيع حنطة مختلطة بشعير كيلًا ووزنًا وجزافًا.

ولا يصح بيع تراب معدن قبل تمييزه من الذهب والفضة، ولا تراب صاغة؛ لأن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه عادة؛ كبيع اللحم في الجلد. ولو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه فباعه قبل أن ينسج البائع الباقي لم يصحّ البيع قطعًا؛ نصَّ عليه.

[حكم كفاية الوصف عن الرؤية]

(والأصح أن وصفه) أي الشيء الذي يراد بيعه (بصفة السَّلَم) أو سماع وصفه بطريق التواتر (لا يكفي) عن الرؤية لأنها تفيد أمورًا تقصر عنها العبارة، وفي الخبر: «لَيْسَ الخَبَرُ كَالعِيَانِ»[3]. والثاني: يكفي ولا خيار للمشتري؛ لأن ثمرة الرؤية المعرفة

---

(١) في المخطوط: «قطعة».

(٢) سَمَطْتُ الجَدْيَ سَمْطًا، من بابي «قتل» و«ضرب»: نَحَّيْتُ شعره بالماء الحارّ، فهو سميطٌ ومسموطٌ. انظر: المصباح المنير، كتاب السين، مادة «سمط»، ص /٢٨٨/ .

(٣) أخرجه الطبراني في «المعجم الأوسط»، باب من اسمه محمد /٦٩٨٦/ بلفظ: «ليس الخبر كالمعاين».

وَيَصِحُّ سَلَمُ الأَعْمَى، وَقِيلَ: إِنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ فَلَا.

والوصف يفيدها. فإن قيل: عدم الاكتفاء بوصفه بطريق التواتر مع قول الأصوليين إنه يفيد القطع مشكلٌ، أجيب: بأن المعلوم يتفاوت، ولا شَكَّ أن العيان أقوى، ولهذا تقدم في توجيهه أن الرؤية تفيد أمورًا تقصر عنها العبارة.

[ما يصحُّ من عقود الأعمى]

(**ويصح سَلَمُ الأعمى**) أي أن يُسْلِمَ أو يُسْلَمَ إليه؛ لأنه يعرف الصفات بالسماع، ومحل هذا إذا كان العوض موصوفًا في الذمة ثم عيّن في المجلس، ويوكل من يقبض عنه أو يَقبض له رأسَ مال السَّلَمِ والمُسْلَمَ فيه؛ لأن السَّلَمَ يعتمد الوصف لا الرؤية، فإن كان العوض معينًا لم يصح كبيعه عينًا. (**وقيل: إن عمي قبل تمييزه**) بين الأشياء أو خلق أعمى (**فلا**) يصح سَلَمُهُ لانتفاء معرفته بالأشياء، وأجاب الأول: بأنه يعرفها بالسماع ويتخيل فرقًا بينها؛ كبصير يُسْلِمُ فيما لم يكن رآه؛ كأهل خراسان في الرطب وأهل بغداد في الموز.

تنبيه: قد يفهم كلامه أنه لا يصحّ من الأعمى من العقود غير السَّلَمِ، وليس مرادًا؛ بل يصح أن يشتري نفسه ويؤجرها لأنه لا يجهلها، وأن يقبل الكتابة على نفسه، وله أن يكاتب عبده على الأصح تغليبًا للعتق، وقياسه ـ كما قال الزركشي ـ صحة شرائه من يعتق عليه وبيعه العبد من نفسه، وأن يزوّج ابنته ونحوها، وأما ما يعتمد فيه الرؤية كالبيع والإجارة والرهن فلا يصح منه وإن قلنا بصحة بيع الغائب، وطريقه أن يوكِّلَ فيه.

خاتمة: لو اشترى البصيرُ شيئًا ثم عمي قبل قبضه وقلنا: «لا يصح شراؤه» فهل ينفسخ البيع؟ فيه وجهان؛ صحّح المصنف منهما عدم البطلان.

= وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»، باب العلم، باب في الخبر والمعاينة /٦٨٨/ ، وقال: رواه الطبراني في «الأوسط»، ورجاله ثقاتٌ.

وأخرجه أحمد في «مسنده»، مسند عبد الله بن العبَّاس بن عبد المطلب عن النَّبيِّ ﷺ /١٨٤٢/ بلفظ الترجمة. قال محقِّقُهُ العلَّامة أحمد محمَّد شاكر: إسناده صحيح.

. . . .

ولا يصح بيع البصل والجزر ونحوهما في الأرض لأنه غرر.

قال المصنف: «ومما تعم به البلوى ـ أي مع عدم صحته ـ ما اعتاده الناس من بيع النصيب من الماء الجاري من نهر أو نحوه للجهل بقدره، ولأن الجاري إن كان غير مملوك فذاك، وإلَّا فلا يمكن تسليمه لاختلاط غير المبيع به، فطريقُهُ: أن يشتري القناة أو سهمًا منها، فإذا ملك القرار كان أحق بالماء؛ ذكره القاضي والعمراني وغيرهما، وإن اشترى القرار مع الماء لم يصحّ فيهما للجهالة».

ولا يُشترط الذوق والشَّمُّ في مثل الخلّ والمسك، ولا لمس الثياب؛ لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها.

ولو اشترى سمنًا أو غيره من المائعات أو غيرها في ظرفه كل رطل بدرهم مثلًا على أن يوزن بظرفه ويسقط أرطالًا معينة بسبب الظرف ولا يوزن الظرف فالبيع باطلٌ بلا خلاف؛ لأنه غررٌ ظاهرٌ، قال في «المجموع»: «وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق». ولو رأى ثوبين مستويين قيمةً ووصفًا وقدرًا ـ كنصفي كرباس ـ فسرق أحدهما واشترى الآخر غائبًا عنه ولا يعلم أيهما المسروق صحَّ لحصول العلم، لا إن اختلفت الأوصاف المذكورة.

وإذا اختلفا في الرؤية فالقول قول مُدَّعيها بيمينه؛ لأن الإقدام على العقد اعترافٌ بصحته، وهو على القاعدة في دعوى الصحة والفساد من تصديق مدّعيها.

❊ ❊ ❊

١ ـ باب الرِّبا

. . . .

باب الرِّبا

[تعريف الرِّبا لغةً وشرعًا]

بالقصر[١]، وَأَلِفُهُ بدل من واو، ويكتب بهما[٢] وبالياء، وهو مكتوب في المصحف بالواو؛ قال الغزالي: لأن أهل الحجاز تعلموا الخَطَّ من أهل الحرَّة ولغتهم «الرِّبَوا»[٣]، فَعَلَّمُوهم صورة الخَطِّ على لغتهم. ويقال فيه: «الرِّمَاءُ» بالميم والمد. وهو لغةً: الزيادة[٤]؛ قال تعالى: ﴿ٱهْتَزَّتْ[٥] وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥]؛ أي زادت ونَمَتْ. وشرعًا: عقدٌ على عوض مخصوص[٦] غير معلوم التماثل في معيار الشرع[٧] حالة العقد، أو مع تأخير[٨] في البدلين أو أحدهما.

[أنواع الرِّبا]

وهو ثلاثة أنواع:

---

(١) أي مع كسر الراء، وبفتحها مع المَدِّ.

(٢) أي الألف والواو معًا «ع ش» على «م ر»؛ أي نظرًا لأصله؛ لأن أصلَه «ربو» فَرُوْعِيَ الأصلُ والفرع وهو انقلاب الواو ألفًا، وليس فيه جمعٌ بين البدل والمبدل منه، فتكتب الواو أوَّلًا في الباء والألف بعدها، وهذه طريقة المصحف العثمانيِّ. وقوله: «وبالياء» أي في غير القرآن؛ لأن رسمَهُ سُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، ومقتضى هذا أنه لا تجوز كتابته بالألف وحدها؛ لكن العرف على كتابته بها وحدها نظرًا للفظه «ح ف». وقوله: «بالياء» أي لأن الألف تمال نحو الياء.

(٣) في نسخة البابي الحلبي: «الرِّبو».

(٤) سواء كانت بعقد أو لا، فهو أعمّ من المعنى الشرعي؛ لكنّه إنما يناسب ربا الفضل.

(٥) أي تحرَّكت.

(٦) وهو النقد والمطعوم.

(٧) ولا يكون ذلك إلا في مُتَّحِدِ الجنس. والتعريف يصدق بثلاث صور: بأن يكون مجهول التماثل، أو معلوم التفاضل، أو معلوم التماثل لا في معيار الشرع؛ كقنطار بُرٍّ بقنطار بُرٍّ.

(٨) أي أو واقع مع تأخير؛ أي قبضًا، وهو باليد، أو استحقاقًا وهو ربا النَّساء.

. . . .

* ربا الفضل[١]: وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر.

* وربا اليد[٢]: وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما.

* وربا النَّسَاء: وهو البيع لأجل.

وزاد المتولّي ربا القرض المشروط فيه جَرُّ نفعٍ، قال الزركشي: «ويمكن ردّه لِرِبَا الفضل».

[أدلَّة تحريم الرِّبا]

والأصل في تحريمه قبل الإجماع آياتٌ كآية: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وأخبارٌ كخبر مسلم: «لَعَنَ رَسُولُ اللهِ[٣] ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُوْكِلَهُ وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَهُ»[٤]، وروى الدارقطني والبيهقي: «دِرْهَمُ رِبا يَأْكُلُهُ ابْنُ آدَمَ أَشَدُّ عِنْدَ اللهِ إِثْمًا مِنْ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ زَنْيَةً»[٥]، وفي صحيح الحاكم عن مسروق عن عبدالله أن النبي ﷺ قال: «لِلرِّبَا سَبْعُونَ

---

(١) ولا يكون إلا في مُتَّحِدِ الجنس، أما القسمان الآخران فيكونان في مُتَّحِدِ الجنس ومختلفه.

(٢) نسب إليها لعدم القبض بها أصالةً.

(٣) فإن قلت: الربا اسم للعقد، والعقدُ لا يُؤكل، أجيب: بأن كلامَهُ على حذف مضاف، والتقدير: «آكِلُ مُتَعَلَّقِ الرِّبا» وهو المعقود عليه. واللعن لغة: هو الطرد والإبعاد. واعلم أن لعن المسلم المعين حرام بإجماع المسلمين، وأما لعن أصحاب المعاصي غير المعيَّنين والمعروفين ـ كقولك: «لعن الله الواصلة»، «لعن الله آكل الربا» وما أشابه ذلك ـ فجائزٌ، وأما لعن الإنسان بعينه ممَّن اتصف بشيء من المعاصي كيهوديٍّ أو آكل الربا فظواهر الأحاديث أنه ليس بحرام، وأشار الغزالي إلى تحريمه، والمعتمدُ الحُرمة. وأما لعن جميع الحيوانات والجماد فَكُلُّهُ مذموم؛ «علقمي».

(٤) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله /٤٠٩٣/، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في آكل الربا وموكله /٣٣٣٣/، والترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في آكل الربا /١٢٠٦/.

(٥) أخرجه أحمد في «مسنده»، حديث عبد الله بن حنظلة بن الراهب بن أبي عامر الغسيل غسيل الملائكة رضي الله عنه /٢١٨٥٤/ والدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع /٢٨١٩/ والطبرانيُّ في «المعجم الأوسط»، باب من اسمه إبراهيم /٢٧٠٣/.

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب ما جاء في الربا /٦٥٧٣/، وقال: رواه أحمد والطبرانيُّ في «الكبير» و«الأوسط»، ورجالُ أحمد رجال الصحيح.

. . . .

بَابًا أَيسَرُها مِثْلَ أَنْ يَنْكِحَ الرَّجُلُ أُمَّهُ، وَإِنَّ أَرْبَى الرِّبَا عِرْضُ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ»[١]، وقال: «إنه صحيح على شرط الشيخين»، وهو من الكبائر[٢]؛ قال الماوردي: حتى قيل: إنه لم يَحِلَّ في شريعة قَطُّ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١]؛ يعني في الكتب السَّالفة.

فائدة: رَوَى السبكي وابن أبي بكر أن رجلًا أتى مالك بن أنس فقال: يا أبا عبدالله رأيت رجلًا سكرانًا يتقافز يريد أن يأخذ القمر بيده فقلت: «امرأتي طالقٌ إن كان يدخل جوف ابن آدم أشرُّ من الخمر»، فقال: «ارجع حتى أتفكَّر في مسألتكَ»، فأتاه من الغَدِ،

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٢٥٩/، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيّ على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط البخاريّ ومسلم.

(٢) أي من أكبر الكبائر، والمعتمد أن أكبرَ الكبائر الشركُ بالله ثم القتل ثم الزِّنى ثم السرقة ثم شرب الخمر ثم الربا والغَصْبُ «مدابغي». وكونه من الكبائر ظاهرٌ في بعض أقسامه وهو ربا الزيادة، وأما الربا من أجل التأخير أو الأجل من غير زيادة في أحد العوضين فالظاهر أنه صغيرة؛ لأن غاية ما فيه أنه عقدٌ فاسد، وقد صرَّحوا بأن العقود الفاسدة من قبيل الصغائر كما قاله «ع ش». وهو ـ أي ربا الزيادة ـ يدل على سوء الخاتمة والعياذ بالله تعالى؛ كإيذاء أولياء الله تعالى ولو أمواتًا؛ لأنه تعالى لم يأذن بالمحاربة إلا فيهما؛ قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، وقال: «من عادى لي وليًّا فقد آذنته بالحرب». وذكر العلامة المناويُّ أن أكل الربا والإيمان لا يجتمعان في قلب الشخص؛ أخذًا من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ اتَّقُواْ اللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨]. وحرمتُه تعبديةٌ، وما ذكر فيه من أنه يؤدي إلى تضييق الأثمان ونحوه حِكَمٌ لا علل، فإن قيل: فما وجهُ قولهم: «فألحق به ما في معناه. . . إلى آخره» وهذا قياسٌ، وهو لا يدخل الأمور التعبدية؟ أجيب: بأن الحُكْمَ على أنه تعبديّ حُكْمٌ على المجموع، فلا ينافي القياس على بعض الأفراد؛ كما قيل بمثل ذلك في نواقض الوضوء «عناني». قوله: «حكم على المجموع»؛ أي لأنهم لم يقيسوا على جنس النقد والمطعوم جنسًا ثالثًا، وقاسوا على البر والشعير ما في معناهما مما يُقتات، وهكذا. ولم يحلّ في شريعة قطُّ لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١]؛ أي في الكتب السابقة، وحينئذ فهو من الشرائع القديمة «برماوي». وقوله: «حِكَم» هذا يفيد أن مجرد الحكمة لا تخرجه عن كونه تعبديًا، فَلْيُرَاجَع فإنَّ فيه نظرًا ظاهرًا. انتهى «سم» و«ع ش» عليه.

إِذَا بِيعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ إِنْ كَانَا جِنْسًا اشْتُرِطَ الْحُلُولُ، وَالْمُمَاثَلَةُ، وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ. أَوْ جِنْسَيْنِ؛ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّفَاضُلُ، وَاشْتُرِطَ الْحُلولُ وَالتَّقَابُضُ.

فقال: «امرأتُكَ طالق، فإني تصفّحت الكتاب والسُّنَّة فلم أَرَ شيئًا أشرَّ من الربا؛ لأن الله تعالىٰ أذن فيه بالحرب»؛ أي في قوله تعالىٰ: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾[البقرة: ٢٧٩].

وقال عمر رضي الله تعالىٰ عنه: «لَا يَتَّجِر في سُوقِنَا إِلَّا من فقه وإِلَّا أَكَلَ الرِّبَا»، وقال علي رضي الله عنه: «من اتَّجَرَ قبل أن يتفقَّه ارتطمَ في الرِّبا، ثمَّ ارتطمَ، ثمَّ ارتطمَ»؛ أي وقع وارتبك ونشب.

والقصد بهذا الباب بيع الربوي وما يعتبر فيه زيادة على ما مرَّ.

[ما يشترط لصحَّة بيع الطعام بالطعام إن كانا جنسًا أو جنسين]

(إذا بيع الطعام بالطعام إن كانا) أي الثمن والمُثْمَنُ ـ وفي بعض النسخ: «إن كان» ـ **(جنسًا)** واحدًا؛ كبُرٍّ وبُرٍّ **(اشترط)** في صحة البيع ثلاثة أمور: **(الحلول)** من الجانبين **(والمماثلة والتقابض)** لهما **(قبل التفرُّق)** ولو وقع العقد في دار الحرب. **(أو)** كانا **(جنسين كحنطة وشعير جاز التفاضل واشترط)** أمران: **(الحلول والتقابض)** لهما قبل التفرّق؛ قال ﷺ فيما رواه مسلم: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، والفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»(١)؛ أي مقابضة، قال الرافعي: «ومن لازمه الحلول»؛ أي غالبًا.

ولا بدّ من القبض الحقيقي فلا تكفي الحوالة وإن حصل القبض بها في المجلس. ويكفي قبض الوكيل في القبض عن العاقدين أو أحدهما وهما في المجلس، وكذا قبض الوارث بعد موت مورثه في المجلس، بخلاف ما إذا كان العاقد عبدًا مأذونًا له فقبض سيده، أو وكيلًا فقبض موكله لا يكفي.

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا / ٤٠٦٣/.

وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ اقْتِيَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا.

[علّة الرِّبا في المطعومات]

واختلف قول الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه في علّة الربا في المطعومات، فقال في القديم: الطُّعْمُ مع التقدير في الجنس بالكيل والوزن، فلا ربا فيما لا يُكال ولا يوزن؛ كالسفرجل والرمان والبيض، وفي الجديد ـ وهو الأظهر ـ: العِلَّةُ الطُّعْمِيَّةُ؛ لقوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ»(١)، فدل على أن العلّة الطُّعم وإن لم يُكَلْ ولم يوزن؛ لأنه علَّق ذلك على «الطعام» وهو اسم مشتق، وتعليق الحكم على الاسم المشتقّ يدل على التعليل(٢) بما منه الاشتقاق.

(**والطعام ما قصد للطُّعْم**(٣)) ـ بضمِّ الطاء مصدر «طَعِمَ» بكسر العين ـ أي أكل غالبًا، وذلك بأن يكون أظهر مقاصده الطُّعم وإن لم يؤكل إلَّا نادرًا كالبلوط والطرثوث ـ وهو نبت يؤكل ـ وإن لم يُكَلْ ولم يوزن كما مرَّ.

(**اقتياتًا**(٤) **أو تَفَكُّهًا**(٥) **أو تداويًا**) كما تؤخذ الثلاثة من الخبر السابق، فإنه نَصَّ فيه على البُرِّ والشعير، والمقصود منهما التقوّت، فَأُلْحِقَ بهما ما في معناهما كالأرزّ والذرة(٦)،

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلًا بمثل /٤٠٨٠/ بلفظ: «الطَّعام بالطَّعام مثلًا بمثل».

(٢) في نسختي المقابلة: «التعليق»، وما أثبتُّه هو لفظ الإمام الدَّميري في «النَّجم الوهَّاج في شرح المنهاج»، (٤/ ٥٩).

(٣) أي قصده الله تعالى؛ أي أراده الله تعالى؛ لأن القصد يطلق ويراد به إرادة الله تعالى، ويُعلم ذلك بأن يخلق الله علمًا ضروريًا لبعض أصفيائه كآدم بأن هذا للآدميين وهذا للبهائم، قال الرشيدي: واعلم أن الظاهر أن المراد بقولهم: «قصد للآدميين» مثلًا أن يكون الآدمي يقصده للتناول منه، وهذا غير التناول بالفعل وإلا فما معنى كون الطين الأرمنيُّ مقصودًا للآدمي؟
ويجوز أن يكون المراد بكونه قصدًا للآدمي مثلًا أنه يظهر من الحكمة الأزلية أن الله سبحانه وتعالى لم يخلق هذا إلا لطعم الآدمي.

(٤) مفعول لأجله، أو تمييز محوَّل عن نائب فاعل؛ أي قصد تَقَوُّته. انتهى «شوبري».

(٥) أي تلذُّذًا.

(٦) والترمس؛ لأنه يؤكل بعد نقعه في الماء، وأظنه يُتداوى به، ومثله الحلبة فإنه يتداوى بها، أما الخضراء فليست ربوية، وفي الحديث: «لو تعلم أمّتي ما في الحلبة لاشتروها ولو بوزنها ذهبًا» كما=

. . . .

وعلى التمر، والمقصود منه التفكُّه والتأدُّم[١] فألحق به ما في معناه كالتين والزبيب، وعلى الملح، والمقصود منه الإصلاح، فَأُلْحِقَ به ما في معناه؛ كالمُصْطَكَى[٢] ـ بضم الميم والقصر ـ والسقمونيا والطين الأَرْمَنِيِّ والزنجبيل[٣]، ولا فرق بين ما يصلح الغذاء أو[٤] يصلح البدن، فإن الأغذية لحفظ الصحة[٥] والأدوية لِرَدِّ الصحة، وإنما لم يذكر الدواء فيما يتناوله الطعام في الأيمان لأنها لا تتناوله في العُرْف المبنية هي عليه.

ولا ربا في حب الكَتّان[٦] ـ بفتح الكاف وكسرها ـ ودهنه[٧] ودهن السمك؛ لأنها

= ذكره في كتاب «البركة». ومِمَّا جُرِّبَ لورم الأنثيين لو كبرت ونفرت سواءٌ كانت لحمًا أو ريحًا أو الرِّيح المعقود تأخذ من الحلبة جزءً ومن البابونج جزءً ثم تغليهما معًا، ويشرب العليلُ منه قدر فنجان ثم يتفور على الباقي، فإنه جيد لكل ورم سواء كان باردًا أو حارًّا، يفعل ذلك مرة أو مرتين أو ثلاثًا، مجرَّب مرارًا بعد طول المدة، وقد جربته بعد ثلاثين سنة فحصل الشفاء. والماء العذب ربوي؛ لأنه مطعوم، قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]. والبنُّ ربوي قاله «العشماوي»؛ أي لأنه داخل في قسم ما قصد به التداوي. والحاصل أن الشيء إما أن يقصد به طعم الآدمي أو البهائم أو طعمهما معًا، فالذي قصد به طعم الآدمي ربوي مطلقًا سواء غلب تناول الآدمي له أو لا؛ بل قال الأجهوري على «التحرير» نقلًا عن الزيادي: «وإن لم يأكله الآدميون». والذي قصد به طعم البهائم غير ربوي مطلقًا، وأما الذي قصد به طعمهما معًا، فإن غلب تناول الآدمي له أو كان أكله له والبهائم سواء فهو ربوي، وأما إذا غلب تناول البهائم له فهو غير ربوي، والتفصيل في ذلك ـ أي في معرفة أن هذا الشيء قصد به طعم الآدميين أو البهائم ـ يعلم من نص الأصحاب عليه. وقد اختلف في القول، فقال «م ر»: «إنه ربوي على المعتمد»؛ خلافًا لبعضهم حيث قالوا: «إنه يغلب تناول البهائم له»، وحمله «م ر» على أغلب البلاد، قال «ع ش»: «فيكون ربويًا؛ لأن الغلبة ليست عامة».

(١) عطف خاصٍّ على عامٍّ، وعبارة «المنهج»: «والتفكُّه يشمل التَّأدُّم والتحلِّي بحلوى».

(٢) بالفتح والضم ويمدُّ في الفتح فقط، وهو علك ـ أي معلوك ـ رومي أبيض، نافع للمعدة والأمعاء والكبد والسعال شُربًا.

(٣) إذا خلط برطوبة كبد المعز وجفف وسحق واكتحل به أزال الغشاوة وظلمة البصر. انتهى «قاموس».

(٤) «أو» بمعنى الواو؛ لأن «بين» لا تضاف إلا لمتعدِّد.

(٥) أي دوامها.

(٦) وهو بزره، وإذا أُكِلَ فإنَّه يقوِّي شهوة الجماع، وكذا الجُمَّار كما ذكر في كتب الطِّبِّ.

(٧) وهو الزيت الحارّ؛ لأنه ليس أظهر مقاصده الطعم؛ بل الإسراج به.

. . . .

لا تقصد للطُّعم، ولا في الطين غير الأَرْمَنِيِّ كالخُراساني؛ لأنه إنما يؤكل سفهًا، ولا فيما اختصّ به الجِنُّ كالعظم، أو البهائم كالتبن والحشيش والنوى، أو غلب تناولها له وإن قصد للآدميين كما قاله الماوردي وجرى عليه الشارح وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين، أما إذا كانا على حَدٍّ سواء، فالأصح ثبوت الربا فيه. ولا ربا في الحيوان مطلقًا سواء أجاز بَلْعُهُ كصغار السمك أم لا؛ لأنه لا يُعَدُّ للأكل على هيئته[١]، وقد اشترى ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما بعيرًا ببعيرين بأمره ﷺ[٢].

تنبيه: قوله: «قُصِدَ» أشار به إلى أنه لا ربا فيما يجوز أكله ولكنه لا يقصد؛ كالعظم الرِّخو وأطراف قضبان العنب كما قاله صاحب «التتمة» وغيره، وكذا الجلود كما قاله في «زيادة الروضة»؛ أي التي لم تؤكل غالبًا بأن خشنت وغلظت كما يؤخذ من كلام الماوردي وغيره.

ودخل في قوله: «تداويًا» الماءُ العذب فإنه ربويّ مطعوم فلا يَرِدُ عليه، قال تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]، بخلاف الماء الملح فإنه ليس بربويّ. وأورد الإسنوي على المصنف الحلوى، قال في «الغنية»: وهو غلطٌ صدر عن ظنّ أن المراد بقوله: «تفكّهًا» الفاكهة التي هي الثمر. وأسقط المصنف الأدم وقد ذكره في الأيمان، واستشكل الفرق بين البابين؛ لأنا إن نظرنا إلى اللغة اتّحد الموضعان، أو إلى العُرْف

---

(١) أي مدّة دوام حياته ببقاء روحه؛ «ق ل».

(٢) أخرجه أبو داود في «سُننه»، كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة «باب في الرخصة في ذلك» / ٣٣٥٧/ عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهِّز جيشًا، فَنَفَدَتِ الإبل، فأمره أن يأخذ في قِلاص الصَّدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصَّدقة».
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع / ٢٣٤٠/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط مسلم.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب الرِّبا / ١١٣٨/ وقال: أخرجه أبو داود، والدارقطنيُّ، والبيهقيُّ من طريقه، وفيه قصّة، وفي الإسناد ابن إسحاق، وقد اختلف عليه فيه، ولكن أورده البيهقيُّ في «السُّنن» وفي «الخلافيات» من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه، وصحّحه.

. . . .

فأهله لا يسمُّون الفاكهة والحلوى طعامًا، ويمكن دخول الأدم في التفكّه.

واعلم أن كل شيئين جَمَعَهُمَا اسم خاص من أوّل دخولهما في الربا يشتركان في ذلك الاسم بالاشتراك المعنويّ كالتمر المَعْقلي ـ بفتح الميم وإسكان العين المهملة، نوع من التمر معروفٌ بالبصرة وغيرها، منسوب إلى معقل بن يسار الصحابي رضي الله عنه ـ والبَرْنيّ ـ قال صاحب «المحكم»: هو ضرب من التمر أصفر مدوَّر، واحدته: «بَرْنِيَّةٌ»، وهو أجود التمر ـ فهما جنس واحد، وأنواع التمر كثيرة جدًّا، قال الجوينيُّ: كنت بالمدينة فدخل بعض أصدقائي فقال: «كُنَّا عند الأمير فتذاكروا أنواع تمر المدينة فبلغت أنواع الأسود ستّين نوعًا»، وما ليس كذلك كالحنطة والشعير فهما جنسان. واحترز بـ«الخاص» عن العام كالحبّ فإنه يتناول سائر الحبوب، وبـ«أول دخولهما في الربا» عن الأدقّة فإنها اشتركت في اسم خاص والتمييز بينها إنَّما يحصل بالإضافة، ومع ذلك فهي أجناس؛ لأنها دخلت في الربا قبل اشتراكها في هذا الاسم الخاص. وبـ«الاشتراك المعنوي» عن البطيخ الهندي مع الأصفر فإنهما جنسان على الأصح، وكذلك التمر والجوز الهنديان مع التمر والجوز المعروفين، فإن إطلاق الاسم عليهما لقدر مشترك بينهما؛ أي ليس موضوعًا لحقيقة واحدة بل لحقيقتين مختلفتين، وهذا الضابط ـ كما قال الإسنوي ـ أَوْلَى ما قيل ولم يذكره الرافعي، ومع ذلك فإنه ينتقض باللحوم والألبان على أصح القولين أنها أجناس كأصولها، وعلى القول الآخر بأنها جنس لا نقض.

وحيث اشترط التقابض فَتَفَرَّقَا قبله بطل العقد إن تفرَّقا عن تراضٍ وإلَّا فلا يبطل؛ لأن تفرقهما حينئذ كَلَا تفرق، وهذا هو المعتمد خلافًا لما نقله السبكي عن الصيمري من أنه لا فرق بين المختار والمكره. والتخاير ـ وهو إلزام العقد قبل التقابض ـ كالتفرق قبله في أنه يبطل العقد الربوي سواء أتقابضا قبل التفرق أم لا، وما ذكر في باب الخيار من أنهما لو تقابضا قبل التفرق لم يبطل ضعيف كما قاله شيخي؛ بل قال الأذرعي: «إنه مفرَّع على رأي ابن سُريج، وهو أنه لا يرى أن التخاير بمنزلة التفرّق».

وَأَدِقَّةُ الأُصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ الْجِنْسِ وَخُلُولُهَا وَأَدْهَانُهَا أَجْنَاسٌ، . . . .

ولو قبض كُلٌّ منهما البعض[١] ففيما قبض قولا تفريق الصفقة وبطل العقد فيما لم يقبض. ولو اشترى من غيره نصفًا شائعًا من دينار قيمته عشرة دراهم بخمسة دراهم صحَّ ويسلمه البائع إليه ليقبض النصف، ويكون النصف الثاني في يده أمانة؛ بخلاف ما لو كان له عليه عشرة دراهم فأعطاه عشرة فَوُجِدَتْ زائدة الوزن فإنه يضمن الزائد للمعطي لأنه قبضه لنفسه، فإن أقرضه البائع في صورة الشراء تلك الخمسة بعد أن قبضها منه فاشترى بها النصف الآخر من الدينار جاز كغيرها، وإن اشترى كلَّ الدينار من غيره بعشرة وسلّمه منها خمسة ثم استقرضها منه ثم ردّها إليه عن الثمن بطل العقد في الخمسة الباقية كما رجَّحه ابن المقري في «روضه»؛ لأن التصرّف مع العاقد في زمن الخيار إجازة وقد تقدم أنها كالتفرق، فكأنهما تفرّقا قبل التقابض، ولا يقال: «تصرُّفُ البائع فيما قبضه من الثمن في زمن الخيار باطل» لأن محلَّه مع الأجنبي، أما مع العاقد فصحيح.

(وأَدِقَّةُ الأصول المختلفة الجنس وخُلُولُهَا[٢] وأدهانُها) ـ بالرفع عطفًا على «أدقة» ـ **(أجناس)**؛ لأنها فروع أصول مختلفة فأُعطيت حكم أصولها، فيجوز بيع دقيق البُرِّ بدقيق الشعير، وخَلِّ التمر بخلّ العنب متفاضلين.

واعلم أن كل خَلَّيْنِ لا ماء فيهما واتحد جنسهما اشترط التماثل وإلَّا فلا، وكل

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «المبعض».

(٢) أي فإن كُلَّ خَلَّيْنِ لا ماء فيهما واتَّحد جنسهما يشترط فيهما المماثلة، وكُلَّ خَلَّين فيهما ماءٌ لا يباع أحدهما بالآخر مطلقًا اتَّحد الجنس أو اختلف؛ لأنهما من قاعدة: «مُدّ عجوةٍ ودرهم»، وكُلَّ خَلَّين في أحدهما ماء إن اتَّحد الجنس لم يبع أحدهما بالآخر لمنع الماء للمماثلة وإلا بيع. انتهى «حج».
وفي «ق ل» على الجلال: حاصل صور الخُلول المذكورة هنا ستَّ عشرة صورةً من ضرب أربعة في مثلها؛ لأنها إما من عنب أو زبيب أو رطب أو تمر، وكُلٌّ منها إما مع نفسه أو مع واحدٍ منها، يسقط منها ستة مكررة، ويبقى عشرةٌ منها خمسة صحيحة وخمسة باطلة؛ لأنه إن لم يكن في الخَلَّيْنِ ماء أو كان الماء في أحدهما واختلف الجنس فهو صحيح، وإلا فباطل سواء كان الماء عذبًا أو غير عذب؛ خلافًا لابن شبهة في اعتماده الصحة في غير العذب إذ قاعدة «مدّ عجوة ودرهم»، والتعليل بالجهل بالمقصود يَرِدَانِ عليه؛ بل مقتضى هذا التعليل البطلان في مختلفي الجنس، فتأمَّلْهُ.

. . . .

خَلَّيْنِ فيهما ماء لا يباع أحدهما بالآخر إن كانا من جنس واحد وإن كانا من جنسين وقلنا: «الماء العذب ربويّ» وهو الأصح كما مرَّ لم يجز وإلَّا جاز، وإن كان الماء في أحدهما وهما جنسان ـ كخَلِّ العنب بخلّ التمر، وخَلِّ الرطب بخلّ الزبيب ـ جاز؛ لأن الماء في أحد الطرفين والمماثلة بين الخَلَّيْنِ المذكورين غير معتبرة. والخُلُول تتخذ غالبًا من الرطب والعنب والزبيب والتمر، وينتظم من هذه الخُلُول عشر مسائل، وضابط ذلك: أن تأخذ كُلَّ واحد مع نفسه، ثم تأخذه مع ما بعده، ولا تأخذه مع ما قبله؛ لأنك قد عددته قبل هذا فلا تعدّه مَرَّةً أخرى:

الأولى: بيع خَلِّ العنب بمثله.

الثانية: بيع خل الرطب بمثله.

الثالثة: بيع خل الزبيب بمثله.

الرابعة: بيع خل التمر بمثله.

الخامسة: بيع خَلِّ العنب بِخَلِّ الرطب.

السادسة: بيع خل العنب بِخَلِّ الزبيب.

السابعة: بيع خل العنب بِخَلِّ التمر.

الثامنة: بيع خل الرطب بِخَلِّ الزبيب.

التاسعة: بيع خل الرطب بِخَلِّ التمر.

العاشرة: بيع خل الزبيب بِخَلِّ التمر.

ففي خمسة منها يجزم بالجواز، وفي خمسة بالمنع؛ الخمسة الأُولى: خَلّ عنب بِخَلِّ عنب، خَلّ رطب بِخَلِّ رطب، خَلّ عنب بِخَلِّ تمر، خَلّ رطب[1] بِخَلِّ زبيب، خَلّ عنب بِخَلِّ رطب. والخمسة الثانية: خل عنب بِخَلِّ زبيب، خل رطب بِخَلِّ تمر، خل

(١) في نسختي المقابلة: «عنب»، وما أثبتُّه هو لفظ الإمام الشربيني في «الإقناع في حَلِّ ألفاظ أبي شجاع»، (٢/ ٢٩٠).

وَاللُّحُومُ وَالأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الأَظْهَرِ.

وَالْمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيْلِ كَيْلًا، وَالْمَوْزُونِ وَزْنًا، ....

زبيب بِخَلِّ زبيب، خل تمر بِخَلِّ تمر، خل زبيب بِخَلِّ تمر.

واحترز بـ«المختلفة» عن المتحدة؛ كأدقَّة القمح فإنها جنس واحد قطعًا.

(**والللحوم والألبان**) أي كل منهما أجناس (**كذلك في الأظهر**)؛ لأنهما فروع لأصول مختلفة الأجناس فأشبهت الأدقّة، فيجوز بيع لحم البقر بلحم الضأن، ولبن البقر بلبن الضأن متفاضلًا. والثاني: أنهما جنس واحد؛ لاشتراكهما في الاسم الذي لا يقع التمييز بعده إلَّا بالإضافة، فأشبهت أنواع التمر كالمَعْقلي والبَرْني. وعلى الأول لحوم البقر جواميسها وعرابها جنسٌ، وليس من البقر البقرُ الوحشي؛ لأن الوحشي والإنسي من سائر الحيوانات جنسان، ولحوم الغنم ضأنها ومعزها جنسٌ، والظباء والأُيَّلُ ـ بضم الهمزة وكسرها وفتح التحتية المشددة، وهو الوَعِل بفتح الواو وكسر العين، تيس الجبل، ويقال: شاته ـ جنس. والألبان كذلك، والسُّمُوك المعروفة جنس، وبقر الماء وغنمه وغيرهما من حيوانات البحر أجناس. وأما الطيور: فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس، والبطوط جنس، وكذا أنواع الحمام على الأصح. وبيوض الطيور أجناس.

والكبد والطحال والقلب والكرش والرئة والمخ أجناس وإن كانت من حيوانٍ واحدٍ؛ لاختلاف أسمائها وصفاتها، وشحم الظهر والبطن واللسان والرأس والأكارع أجناس. والجراد ليس بلحم ولا شحم.

والبطيخ الأخضر والأصفر والخيار والقِثَّاءُ أجناسٌ.

[ما تعتبر به المماثلة في المكيل والموزون]

(**والمماثلة تعتبر في المكيل كيلًا**) وإن تفاوتت في الوزن، (**و**) في (**الموزون وزنًا**) وإن تفاوتت في الكيل، فلا يجوز بيع بعض المكيل ببعضٍ وزنًا، ولا بيع بعض الموزون ببعضٍ كيلًا.

وَالْمُعْتَبَرُ غَالِبُ عَادَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، وَمَا جُهِلَ يُرَاعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ، وَقِيلَ: الْكَيْلُ، وَقِيلَ: الْوَزْنُ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ اعْتُبِرَ.

(**والمعتبر**) في كون الشيء مكيلًا أو موزونًا (**غالب عادة أهل الحجاز**[1] **في عهد**[2] **رسول الله ﷺ**)؛ لظهور أنه اطّلع على ذلك وأقرّه، فلو أحدث الناس خلاف ذلك[3] فلا اعتبار به.

(**وما**) لم يكن في ذلك العهد أو كان و (**جهل**) حاله ولو لنسيانٍ، أو كان ولم يكن بالحجاز، أو استعمل الكيل والوزن فيه سواء أو لم يستعملا فيه، أو غلب أحدهما ولكن لم يتعين وكان ذلك أكبر جِرمًا من التمر كالجوز فالوزن؛ إذ لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر منه جِرمًا، أو كان مثله كاللوز أو دونه كالفستق (**يراعى فيه عادة بلد البيع**) حالة البيع[4]؛ لأن الشيء إذا لم يكن محدودًا في الشرع ولا في اللغة كان الرجوع فيه إلى عادة الناس؛ كالقبض والحِرْزِ، (**وقيل: الكيل**)؛ لأن أغلب ما ورد فيه النص مكيل، (**وقيل: الوزن**)؛ لأنه أخصر وأقل تفاوتًا، (**وقيل: يتخير**) للتساوي، (**وقيل: إن كان له أصل**) معلوم المعيار (**اعتبر**) أصله في الكيل أو الوزن فيه، قال الشارح: «فعلى هذا دهن السمسم مكيل ودهن اللوز موزون». انتهى، والأصح أن اللوز مكيل فدهنه كذلك.

ولا فرق في المكيال بين أن يكون معتادًا أم لا كالقصعة، فلو كان في أحد المبيعين قليلُ ترابٍ أو غيره لم يضر إن كان مكيلًا؛ لأنه يتخلّل فلا يظهر أثره، فإن كان كثيرًا يظهر في المكيال ضرّ، وأما الموزون فيضر مطلقًا لظهور كثيره وقليله في الوزن.

---

(١) بكسر الحاء المهملة، والمراد به مكّة والمدينة واليمامة وقُراهَا؛ أي الثلاثة؛ كالطائف وخيبر وجدة وينبع.

(٢) أي حياته ﷺ.

(٣) أي بأن وزنوا المكيلَ في غالب العادة، أو كالوا الموزونَ فيه.

(٤) فإن اختلفت اعتبر فيه الأغلبُ، فإن اختلف الأغلب أُلحق بالأكثر شَبَهًا، فإن لم يوجد الأكثر شبهًا جاز فيه الكيل والوزن.

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ.

ويكفي الوزن بالقبّان والتساوي بكفّتي الميزان وإن لم يعرف قدر ما في كُلٍّ كفّة. وقد يتأتى الوزن بالماء بأن يوضع الشيء في ظرف ويُلْقَى في الماء وينظر قدر غَوْصِهِ؛ لكنه ليس وزنًا شرعيًّا ولا عُرْفيًّا، فالظاهر ـ كما في أصل «الروضة» ـ أنه لا يكفي هنا وإن كفى في الزكاة وأداء المُسْلَمِ فيه، وإن قال البلقيني: «إنه أَوْلى بالجواز من القصعة».

[ما يشترط لصحّة بيع النقد بالنقد]

(والنقد بالنقد)، والمراد به الذهب والفضة مضروبًا كان أو غير مضروب (كطعام بطعام) في جميع ما سبق من الأحكام، فإن بِيْعَ بجنسه ـ كذهب بذهب ـ اشترطت المماثلة والحلول والتقابض قبل التفرّق والتخاير، وإن بِيْعَ بغير جنسه ـ كذهب بفضة ـ جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض قبل التفرّق أو التخاير للخبر السابق[١]. فإن قيل: كان الأَوْلَى للمصنّف تقديم النقد على الطعام موافقةً للحديث، أجيب: بأن الكلام في الطعام أكثر فَقُدِّمَ لذلك، ولا يقال: «إن تقدم ما الكلام فيه أقلّ أَوْلى»؛ لأن هذا بحسب المقاصد.

وعلّة الربا[٢] في الذهب والفضة جنسية الأثمان غالبًا كما صحّحه في «المجموع»، ويعبَّر عنها أيضًا بجوهرية الأثمان[٣] غالبًا، وهي منتفية عن الفلوس وغيرها من سائر العروض، لا أنها قِيَمُ الأشياء كما جرى عليه صاحب «التنبيه»؛ لأن الأواني والتِّبْرَ والحليّ يجري فيها الربا كما مرَّ وليست مما يُقَوَّمُ بها. واحترز بـ «غالبًا» عن الفلوس إذا

---

(١) وهو ما أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا /٤٠٦٣/ عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهب بالذَّهب، والفضَّة بالفضَّة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشَّعير بالشَّعير، والتَّمر بالتَّمر، والملح بالملح مثلًا بمثل، سواء بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد».

(٢) أي حكمته، فلا ينافي كون حرمة الربا من الأمور التعبدية كما قرره «العشماوي»، وإنما كان حِكْمَةً لا علّةً؛ لأن الحُكْمَ يدور مع العلة وجودًا وعدمًا، والحكمةُ لا يلزم اطّرادها.

(٣) أي أعلاها.

. . . .

راجت فإنه لا رِبًا فيها كما تقدم.

ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك؛ حتى لو اشترى بدنانير ذهبًا مصوغًا قيمته أضعاف الدنانير اعْتُبرت المماثلة ولا نظر إلى القيمة.

تنبيه: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره يسمّى «صَرْفًا».

ويصح على معينين بالإجماع؛ كـ «بعتُك أو صارفتُك هذا الدينار بهذه الدراهم»، وعلى موصوفين على المشهور؛ كقوله: «بعتك أو صارفتُك دينارًا صفته كذا في ذِمَّتي بعشرين درهمًا من الضرب الفلاني في ذِمَّتك»، ولو أطلق فقال: «صارفتك على دينار بعشرين درهمًا» وكان هناك نقدٌ واحدٌ لا يختلف، أو نقودٌ مختلفة إلَّا أن أحدهما أغلب صحَّ ونزل الإطلاق عليه، ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرّق. ويصحّ أيضًا على معين بموصوف؛ كـ «بعتُك هذا الدينار بعشرة دراهم في ذِمّتك»، ولا يصح على دينين كـ «بعتُك الدينار الذي في ذِمَّتك بالعشرة التي لك في ذمتي»؛ لأن ذلك بيع دين بدين.

[الحيلة في تمليك الربوي بجنسه متفاضلًا]

والحيلة في تمليك الربويّ(١) بجنسه متفاضلًا ـ كبيع ذهب بذهب متفاضلًا ـ أن يبيعه من صاحبه(٢) بدراهم أو عرض ويشتري منه(٣) بها(٤) أو به(٥) الذهب بعد التقابض(٦)،

---

(١) وهي مكروهة بسائر أنواعها؛ خلافًا لمن حصر الكراهة في التخلص من ربا الفضل، ومحرمة عند الأئمة الثلاثة.
وقال: «في تمليك» ولم يقل: «في بيع»؛ لأنه لا يُتَصَوَّرُ. ولا حاجة لهذه الحيلة؛ لأنها من أفراد البيوع الجائزة. ومن الحيل أن يقرض كلٌّ صاحبَهُ ما معه ثمَّ يتواهبا أو يهب الفاضل مالكه.

(٢) أي لصاحبه.

(٣) أي من صاحبه.

(٤) بالدراهم.

(٥) بالعرض.

(٦) أي إن كان ما وقع به العقد ثانيًا هو ما وقع به العقد قبله؛ لأنه لا يصح أن يتصرف فيما وقع به العقدُ ثانيًا بجعله ثمنًا إلا بعد قبضه، أما إذا وقع العقد ثانيًا بغير الذي وقع به العقدُ؛ فإن باع أوّلًا فلا يشترط فيه التقابض المذكور إن كان عرضًا آخر غير الذي أخذه.

وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً.

فيجوز وإن لم يتفرقا ولم يتخايرا[١] لتضمّن البيع الثاني إجازة الأوّل؛ بخلافه مع الأجنبي، أو يقرض كُلٌّ صاحبَهُ ويبرئه، أو يتواهبا الفاضل لصاحبه، وهذا جائز إذا لم يشترط في بيعه وإقراضه وهِبَته ما يفعله صاحبه وإن كره قصده.

[حكم بيع الطعام أو النقد بجنسه جزافًا تخمينًا]

(ولو باع جِزافًا[٢]) ـ بكسر الجيم ـ طعامًا أو نقدًا بجنسه (تخمينًا) أي حزرًا للتساوي (لم يصح) البيع (وإن خرجا سواء)؛ للنهي عن بيع الصُّبْرَةِ من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمَّى من التمر[٣]؛ رواه مسلم، وقيس النقد على المطعوم، وللجهل بالمماثلة عند البيع، وهذا معنى قول الأصحاب: «الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة». ويؤخذ البطلان عند عدم التخمين بطريق الأَوْلى. ولو علما تماثل الصُّبْرَتَيْنِ جاز البيع كما قال القاضي، ولا حاجة حينئذ إلى كيلٍ، ولو علم أحدهما مقدارهما وأخبر الآخر به فصدّقه فكما لو علما؛ قاله الروياني.

ولو باع صبرة نحو بُرٍّ بأخرى كيلًا بكيل، أو صبرة نحو دراهم بأخرى وزنًا بوزن صحَّ إن تساويا لحصول المماثلة وإلَّا فلا؛ لأنه قَابَلَ الجملة بالجملة وهما متفاوتتان. ويصحّ بيعُ صُبْرَةٍ بكيلها فيما يُكال أو وزنها فيما يوزن من صبرة أكبر منها لحصول المماثلة. ولو تَفَرَّقَا في هذه وفي التي قبلها فيما إذا صحَّ البيع بعد قبض الجُملتين وقبل الكيل أو الوزن جاز؛ لحصول التقابض في المجلس، وما فضل من الكبيرة بعد الكيل

(١) أي باللفظ؛ لأن العقد الثاني إجازة للأول «ق ل»، فحينئذ لم يكن قاطعًا لخيار الثاني؛ لأنَّ الثاني بموافقته للأول قطع خيار نفسه؛ لأن التصرف في زمن الخيار مع المشتري إجازة.

(٢) مثلثة الجيم، والقياسُ كسرها.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر /٣٥٨١/ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصُّبْرَةِ من التَّمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمَّى من التَّمر».

وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب الرِّبا /١١٤٠/ وقال: «ووهم الحاكم فاستدركه».

وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ الْجَفَافِ ـ وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوَّلًا ـ . . . .

أو الوزن لصاحبها، فالمعتبر في القبض هنا ما ينقل الضمان فقط لا ما يفيد التصرّف أيضًا؛ لما سيأتي أن قبض ما بِيْعَ مقدرًا إنما يكون بالتقدير.

ولو باع صبرة بُرٍّ بصبرة شعير جزافًا جاز لعدم اشتراط المماثلة، فإن باعها بها مكايلةً فإن خرجتا سواء صحَّ، وإن تفاضلتا وسمح ربُّ المال بإعطائه الزائد أو رضي رَبُّ الناقص بقدره من الزائد أُقِرَّ البيع، وإن تشاحَّا فُسخ، وتقدم ما في هذه مع جوابه في الكلام على بيع الصُّبرة بمائة درهم كل صاع بدرهم.

[وقت اعتبار المماثلة فيما له حالة جفاف]

(وتعتبر المماثلة) للربويّ حال الكمال، فيعتبر في الثمار والحبوب (وقت الجفاف)، وتنقيتُهَا شرطٌ للماثلة لا للكمال؛ لأنَّهُ ﷺ سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ فَقَالَ: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟» فقالوا: نَعَم؛ فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ[1]؛ صحّحه الترمذي وغيره، أشار ﷺ بقوله: «أَيَنْقُصُ» إلى أن المماثلة إنما تعتبر عند الجفاف، وإلَّا فالنقصان أوضح من أن يسألِ عنه. ويعتبر أيضًا إبقاؤه على هيئة يتأتَّى إدخاره عليها كالتمر بنواه؛ لأنه إذا نزع بَطَلَ كماله لتسارع الفساد إليه، بخلاف الخوخ والمشمش ونحوهما فإن كماله لا يبطل بنزع نواه، فإن الغالب في تجفيفها ــ أي في بعض البلاد ــ نَزْعُ نواه؛ كما أن اللَّحْمَ المقدّد لا يبطل كماله بنزع العظم منه.

واختلف المتأخرون في فَهْمِ قوله: (وقد يعتبر الكمال أولًا) فإنه من مشكلات

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر /٣٣٥٩/ والترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة /١٢٢٥/ وقال: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه النسائيُّ في «السنن الصغرى»، كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب /٤٥٥٩/ وابن ماجه، أبواب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر /٢٢٦٤/ .
قال المباركفوريُّ ـرحمه الله تعالى ـ: وقد أعلَّ أبو حنيفة هذا الحديث من أجل زيد بن عيَّاش، وقال: مداره على زيد بن عيَّاش، وهو مجهول. وكذا قال ابن حزم.
وتعقَّبوهما بأنَّ الحديث صحيحٌ، وزيدٌ ليس بمجهول.
انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيّ، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة، (٤/ ٤٧٦).

فَلَا يُبَاعُ رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلَا بِتَمْرٍ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَبِيبٍ. . . . .

الكتّاب، فقال الشارح: «وذلك في مسألة العرايا الآتية في باب بيع الأصول والثمار». انتهى، وهذا أحد احتمالين للأسنوي وقال: «إنه الأصح في الحمل»، والاحتمال الثاني: أنه أراد إدخال العصير والخلّ من الرطب والعنب فإنه يباع بعضه ببعض، ولو اقتصر على ما مرَّ لاقتضى أنه لا يباع الرطب إلَّا تمرًا ولا العنب إلَّا زبيبًا، فنبَّه على أنه يُكْتَفَى بالكمال الأوّل، وجرى على هذا السبكي والأذرعي، وهو الأَوْلَى ـ كما قال ابن شهبة ـ من الأول؛ إذ يلزم من الحمل على الأوّل اختلاف مفهوم الكتاب، فإنه يفهم حينئذ اعتبار الكمال آخرًا إلَّا في العرايا، وليس مرادًا. وقال السبكي: وقوله «أولًا» نبّه به على أنَّا إذا اعتبرنا الكمال يُكْتَفَى بالكمال الأوّل كالعصير، ولا يُشترط الآخر كالخلّ، فكأنه قال: «يعتبر الكمال ولو أولًا». وقال الزركشي: «كلا الأمرين فاسدٌ، أما الأول فلأنه لا كمال في الرطب والعنب، ولكنه رخص في بيعه بمثله جافًّا بشروطه، وأما الثاني فلأن تلك الحالة ليست أول أحواله»، قال: «ومعنى كلام الكتاب: أن المماثلة قد تعتبر وقت كمال ذلك الربوي في أول أحواله وهو الحليب، فتعتبر المماثلة ذلك الوقت». انتهى، وما قاله من أن العصير ليس أول أحوال الكمال ممنوع؛ إذ ليس له حالة كمال قبل العصير.

تنبيه: قال السبكي: ورأيت في بعض النسخ: «وقيل» وهو تصحيف. والصواب «وقد»، وهكذا هو بِخَطِّ المصنف.

ولا يباع رَطب المطعومات برَطبها ـ بفتح الراء فيهما ـ ولا بجافِّها إذا كانت من جنس إلَّا في مسألة العرايا، سواء أكان لها حالة جفاف كما قال: **(فلا يباع رُطب برُطب)** ـ بضم الراء فيهما ـ **(ولا)** رَطْبها بجافِّها؛ كرطب **(بتمر، ولا عنب بعنب، ولا)** عنب **(بزبيب)**، ولا تين رطب بتين رطب، ولا رَطب بيابس للجهل بالمماثلة وقت الجفاف؛ لحديث الترمذي المتقدم، وأُلحق بالرطب فيما ذكر طريُّ اللحم فلا يباع بطريِّه ولا بقديده من جنسه، ويباع قديده بقديده بلا عظم ولا ملح يظهر في الوزن، ولا تباع حنطة بحنطة مبلولة وإن جَفَّتْ. ولا يشترط في التمر والحَبِّ تناهي الجفاف؛

وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ كَالْقِثَّاءِ وَالْعِنَبِ الَّذِي لَا يَتَزَبَّبُ لَا يُبَاعُ أَصْلًا، وَفِي قَوْلٍ: تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْبًا.

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ وَالْخُبْزِ؛ ....

لأنهما مكيلان فلا يظهر أثر الرطوبة في الكيل، بخلاف اللحم فإنه موزون يظهر أثره في الوزن.

أو لم يكن لها حالة جفاف كما قال: (وما لا جفاف له كالقِثَّاءِ[1]) ـ بكسر القاف وضَمِّها والمثلثة والمَدِّ ـ (والعنب الذي لا يتزبَّبُ) والرُّطب الذي لا يتتمَّر (لا يباع) بعضه ببعض (أصلًا) قياسًا على الرطب بالرطب، وقد يفهم أنه لو جفَّ على ندور لا يباع جافًّا، والذي أورده الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهما الجواز، وقال السبكي: «إنه الأقيس».

(وفي قول) مُخَرَّجٍ: (تكفي مماثلته رَطْبًا) ـ بفتح الراء ـ لأن معظم منافعه في رطوبته فكان كاللبن، فيباع وزنًا وإن أمكن كيله، وعلى الأول يُستثنى الزيتون فإنه لا جفاف له، ويجوز بيع بعضه ببعض كما جزم به الغزالي وغيره.

(ولا تكفي مماثلة الدقيق والسويق) أي دقيق الشعير (والخبز) ونحوها مما يُتخذ من الحَبِّ كالعجين والنَّشَاءِ، ولا مماثلة لما فيه شيء مما اتخذ منها؛ كالفالوذج فإن فيه النَّشَاء فلا يباع شيء منه بمثله، ولا بالحَبِّ الذي اتخذ منه؛ لخروجها عن حالة الكمال وعدم العلم بالمماثلة، فإن الدقيق ونحوه يتفاوت في النعومة، والخبز ونحوه يتفاوت في تأثير النار.

ولا تباع حنطة مقليَّة بحنطة مطلقًا لاختلاف تأثير النار فيها، ولا حنطة بما يتخذ منها ولا بما فيه شيء مما يتخذ منها. ويجوز بيع الحبّ بالنُّخَالة والحَبِّ المسوّس إذا لم يَبْقَ فيه لبٌّ أصلًا لأنهما ليسا بربويين. ويصحّ بيع التمر بطلع الذكور دون طلع الإناث لأنه ليس بربويّ، وأما طلع الإناث فإنه ربويّ.

---

(١) القِثَّاءُ: الخِيَارُ، الواحدة «قِثَّاءَةٌ».
انظر: مختار الصحاح، حرف القاف، مادة «قثأ»، ص / ٣٥٧/ .

بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْحُبُوبِ حَبًّا، وَفِي حُبُوبِ الدُّهْنِ كَالسِّمْسِمِ حَبًّا أَوْ دُهْنًا، وَفِي الْعِنَبِ زَبِيبًا أَوْ خَلَّ عِنَبٍ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي الأَصَحِّ، . . . .

[ما تعتبر فيه المماثلة في الحبوب]

(بل تعتبر المماثلة في الحبوب) التي لا دهن فيها (حبًّا)؛ لتحققها فيها وقت الجفاف (و) تعتبر (في حبوب الدهن كالسِّمْسِم) ـ بكسر السِّينين ـ (حبًّا أو دُهْنًا) أو كُسْبًا[1] خالصًا من دهنه، فيجوز بيع السِّمسم بمثله والشيرج بمثله والكُسْبِ بمثله. وأما كُسْب غير السمسم واللوز الذي لا يأكله إلَّا البهائم ـ ككُسْب القرطم ـ أو أَكْلُ البهائم له أكثر فليس بربويّ كما يؤخذ من القاعدة المتقدمة. وليس للطحينة قبل استخراج الدهن حالة كمالٍ، فلا يجوز بيع بعضها ببعض، ولا بيع السمسم بالشيرج لأنه في معنى بيع كُسْبٍ ودهن بدهن، وهو من قاعدة «مُدّ عجْوة». والكُسْب الخالص والشيرج جنسان، والأدهان المطيَّبة كدهن الورد والبنفسج واللينوفر كلها مستخرجة من السمسم فيباع بعضها ببعض؛ إن ربي بالطيب سمسم الدهن بأن طرح في الطيب ثم استخرج دهنه، فإن استخرج دهنه ثم طرح فيه أوراقها فلا يباع بعضها ببعض؛ لأن اختلاطها بها يمنع معرفة التماثل.

[ما تعتبر فيه المماثلة في العنب والرُّطب]

(و) تعتبر (في العنب) والرُّطب (زبيبًا) وتمرًا، (أو خلّ عنب) ورُطب، (وكذا العصير) أي عصير العنب والرُّطب (في الأصح)؛ لأنه متهيّءٌ لأكثر الانتفاعات، فيجوز بيع العصير بمثله، وكذا بيع عصيره بِخَلِّهِ متماثلًا على الأصح، وأما بيع الخَلِّ بعضه ببعض فقد تقدم الكلام عليه، فعُلم من كلامه أنه قد يكون للشيء حالتا كمالٍ فأكثر. والثاني: ليس للعصير حالةُ كمالٍ؛ لأنه ليس على هيئة كمال المنفعة. ومثل عصير العنب والرُّطب عصير الرمان والتفاح وسائر الثمار وكذا عصير قصب السكر. والمعيارُ في الدهن والخَلِّ والعصير الكيل.

(١) «الكُسْبُ»: وزان «قُفْل»: ثُفْلُ الدهن، وهو معرَّبٌ، وأصله بالشين المعجمة.
انظر: المصباح المنير، كتاب الكاف، مادة «كسب»، ص / ٥٤٣/.

وَفِي اللَّبَنِ لَبَنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِيضًا صَافِيًا، . . . .

[ما تعتبر فيه المماثلة في اللَّبن]

(و) تعتبر المماثلة (في اللَّبن لبنًا) خالصًا غير مَشُوبٍ بماء أو إنْفَحَّةٍ أو ملح وغير مغلي بالنار كما يعلم مما يأتي، فيباع الحليب بمثله، وإنما يباع بعد سكون رغوته، والرائب بمثله، والرائب بالحليب كيلًا، ولا يُبَالَى بكون ما يحويه المكيال من الخاثر أكثر وزنًا؛ لأن الاعتبار فيه بالكيل كالحنطة الصلبة بالرخوة.

(أو سمنًا) خالصًا مصفّى بشمس أو نار، فإنه لا يتأثر بالنار تأثير انعقادٍ ونقصانٍ، فيجوز بيع بعضه ببعض وزنًا وإن كان مائعًا على النصّ، وقيل: كيلًا، وقيل: وزنًا إن كان جامدًا وكيلًا إن كان مائعًا؛ قاله البغوي، قال في أصل «الروضة»: «وهو توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون». انتهى، واستحسن التوسّط في «الشرح الصغير»، قال شيخنا: «ويؤيده أن اللبن يُكال مع أنه مائع». انتهى، ولا تأييد لأن اللبن أصله مائع فأُجْرِي فيه الكيل، والسَّمن أصله جامد فأُجري فيه الوزن، وإنما يؤيده لو فُرِّقَ في اللَّبَنِ بين المائع والخاثر؛ بل قالوا بالكيل مطلقًا لما قلناه. ولا يباع زبد بزبد من جنسه في الأصح؛ لأن ما فيهما من اللبن يمنع المماثلة، فإن قيل: بيع اللبن بعضه ببعض في كُلٍّ منهما زبد، أجيب: بأن الصفة ممتزجة فلا عبرة بها، وخالفه العسل بشمعه لامتياز العسل عن الشمع، ولا يباع زبد بسمنٍ، والأسمان أجناس كالألبان.

(أو مخيضًا صافيًا) أي خالصًا عن الماء؛ لأن منفعته كاملة؛ و«المخيض» ما نُزِع زبده، ويباع بمثله وبالسمن وبالزبد، قال السبكي: «وظاهر كلام المصنف أنه إذا كان فيه ماءٌ يسيرٌ لا يكون كاملًا، وليس كذلك»، قال: «وهكذا الحليب وسائر الألبان». ويُعتبر في المخيض الصِّرف أن لا يكون فيه زبدٌ، فإن كان فيه لم يُبع بمثله ولا بزبدٍ ولا بسمنٍ؛ لأنه يصير من قاعدة «مُدّ عجوة». فإن قيل: اللَّبَنُ جنسٌ ينقسم إلى مخيض وحليب ورائب فلا يحسن جعله المخيض قسيمًا لِلَّبَنِ بل هو قسم منه، أجيب: بأنه لما كان الغالبُ خلط المخيض بالماء عطفه عليه وإن كان قسمًا منه، وقيّده بـ«الخالص» وإن كان غيره مقيدًا به أيضًا كما قدرته.

وَلَا تَكْفِي المُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالأَقِطِ.

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَوِ الْقَلْيِ أَوِ الشَّيِّ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ.

(ولا تكفي المماثلةُ في سائر أحواله) أي باقيها؛ (كالجُبْنِ) ـ بإسكان الباء وبضمها مع تشديد النون وبدونه ـ (والأقط) والمصل والزبد؛ لأنها لا تخلو عن مخالطة شيء، فالجبن يخالطه الإِنْفَحَّةُ، والأقط يخالطه الملح، والمصل يخالطه الدقيق، والزبد لا يخلو عن قليل مخيض، فلا تتحقق فيها المماثلة فلا يباع بعض كُلٍّ منها ببعض. ولا يباع الزبد بالسمن، ولا اللبن بما يتخذ منه كالسمن المخيض.

[حكم تحقُّق المماثلة فيما أثَّرت فيه النار]

(**ولا تكفي مماثلة ما أثرت فيه النار بالطبخ أو القلي أو الشَّيِّ**)؛ لأن تأثير النار لا غاية له فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة، فلا يجوز بيع بعضه ببعض حبًّا كان كالسمسم أو غيره كاللحم، وفيما أثرت فيه بالعقد؛ كالدبس والسكر والفانيد ـ وهو عسل القصب المسمَّى بالمرسل ـ وجهان: أصحهما: لا يباع بعضه ببعض لما ذكر، والثاني: يباع بعضه ببعض قياسًا على صحة السَّلَمِ فيه، وأجاب الأول: بضيق باب الربا.

واحترز بكون التأثير على أحد الوجوه الثلاثة عن تأثير الحرارة؛ كالماء المغلي فإنه يباع بعضه ببعض كما قاله الإمام، وعن تأثير التمييز كما قال: (**ولا يضر تأثير تمييزٍ؛ كالعسل والسمن**) والذهب والفضة، فإن النار في العسل لتمييز الشمع، وفي السمن لتمييز اللبن، وفي الذهب والفضة لتمييز الغشِّ، وهي لطيفة بالنسبة إلى العسل والسمن لا تؤثر في العقد، فلو فرض أنها عقدته امتنع بيع بعضه ببعض، أما قبل التمييز فلا يجوز ذلك للجهل بالمماثلة. ولا يجوز بيع العسل بشمعه بمثله ولا بصافٍ لقاعدة «مُدّ عجوة». فإن قيل: هَلَّا جاز كبيع التمر بعضه ببعض وفيه النوى؟ أجيب: بأن النوى غير مقصود بخلاف الشمع في العسل، فكان اجتماعهما يؤدي إلى الجهالة.

وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا ـ كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ، وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَوْ دِرْهَمَيْنِ ـ أَوِ النَّوْعُ؛ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ.

[حكم ما إذا جمعت الصفقة ربويًا من الجانبين واختلف الجنس منهما أو النوع]

(وإذا جَمَعَتِ الصفقة) ـ أي البيعة، سمّيت بذلك لأن أحد المتبايعين يصفق يده على يد الآخر في عادة العرب ـ جنسًا (ربويًّا من الجانبين) وليس تابعًا بالإضافة إلى المقصود (واختلف الجنس) أي جنس المبيع (منهما) جميعهما؛ بأن اشتمل أحدهما على جنسين ربويين واشتمل الآخر عليهما؛ (كمدّ عجوة ودرهم بِمُدٍّ) من عجوة (ودرهم، و) كذا لو اشتمل على أحدهما فقط؛ (كَمُدٍّ ودرهم بِمُدَّين[1] أو درهمين)، أو اشتملا جميعهما على جنس ربويّ وانضمّ إليه غير ربوي فيهما؛ كدرهم وثوب بدرهم وثوب، أو في أحدهما؛ كدرهمٍ وثوبٍ بدرهم. (أو) اختلف (النوع) أي نوعُ المبيع، والمراد به ما يعمّ الوصف؛ بأن اختلف النوع الحقيقي من الجانبين جميعهما؛ بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على نوعين اشتمل الآخر عليهما؛ كَمُدِّ تمر صيحاني ومدّ بَرْنِيٍّ بمدّ تمر صيحاني ومدّ برني، أو على أحدهما؛ كَمُدٍّ صيحاني ومدّ بَرني بِمُدَّين صيحاني أو بَرني. أو اختلف الوصف من الجانبين جميعهما؛ بأن اشتمل أحدهما من جنس ربوي على وصفين اشتمل الآخر عليهما؛ (كصحاح ومكسَّرة) تنقص قيمتها عن قيمة الصِّحاح (بهما) أي بصحاح ومكسرة، أو جيدة ورديئة بجيدة ورديئة، (أو بأحدهما) أي بصحاح فقط أو بمكسرة فقط أو بجيدة فقط أو رديئة فقط (فباطلة)، هذه المسألةُ هي القاعدة المعروفة بقاعدة: «مُدّ عجوةٍ»، والأصل فيها خبر مسلم عن فضالة بن عبيد قال: أُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِقِلَادَةٍ فِيهَا خَرَزٌ وَذَهَبٌ تُبَاعُ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ، فَأَمَرَ النبيُّ ﷺ بِالذَّهَبِ الَّذِي فِي القِلَادَةِ فَنُزِعَ وَحْدَهُ، ثُمَّ قَالَ: «الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ»[2]، وفي رواية: «لا تُبَاعُ حَتَّى تُفْصَلَ»[3]. واستدل على

---

(١) لم يقل: «أو بثوبين»؛ لأنه حينئذٍ ليس من القاعدة.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب / ٤٠٧٥/ .

(٣) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب / ٤٠٧٦/ .

. . . .

القاعدة من جهة المعنى: بأن قضية اشتمال أحد طرفي العقد على مَالَيْنِ مختلفين توزيعُ ما في الآخَرِ عليهما اعتبارًا بالقيمة كما في بيع شِقْصٍ مشفوع وسيف بألفٍ، وقيمة الشقص مائة والسيف خمسون، فإن الشفيع يأخذ الشقص بِثُلُثَي الثَّمن، والتوزيعُ هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة؛ لأنه إذا باع مُدًّا ودرهمًا بِمُدَّيْنِ: إن كانت قيمة المُدِّ الذي مع الدرهم أكثر أو أقلّ منه لزمته المفاضلة، أو مثله فالمماثلة مجهولة، فلو كانت قيمته درهمين فالمُدُّ ثلثا طرفه فيقابله ثلثا المُدَّين، أو نصف درهم فالمدّ ثلث طرفه فيقابله ثلث المُدَّين فتلزم المفاضلة، أو مثله فالمماثلة مجهولة؛ لأنها تعتمد التقويم وهو تخمين قد يخطىء. فإن قيل: يُشْكِلُ على هذا ما قالوه في الصلح من أنه لو كان له على غيره ألف درهم وخمسون دينارًا ذهبًا فصالحه من ذلك على ألفي درهم جاز، أجيب: بأن الكلام هنا في بيع العين بخلاف ما في الصُّلح. وتعدّد العقد هنا بتعدّد البائع أو المشتري كاتِّحَادِهِ؛ بخلاف تعدّده بتفصيل العقد؛ بأن جُعِلَ في بيع مُدٍّ ودرهم بمثلهما المُدُّ في مقابلة المُدِّ أو الدرهم، والدرهمُ في مقابلة الدرهم أو المدّ.

وخرج بقولي: «جنسًا» ما لو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شيء مما اشتمل عليه الآخر؛ كبيع دينار ودرهم بصاع بُرٍّ وصاع شعير، أو بصاعي بُرّ أو شعير، وبيع دينار صحيح وآخر مكسَّر بصاع تمر بَرْني وصاع مَعْقلي، أو بصاعين بَرْنِيٍّ أو مَعْقليٍّ فإنه يجوز. وقوله: «ربويًا من الجانبين»؛ أي ولو كان الربوي ضمنًا من جانبٍ واحدٍ ـ كبيع سمسم بدهنه ـ فيبطل لوجود الدهن في جانبٍ حقيقةً وفي الآخر ضمنًا؛ بخلاف ما لو كان ضمنًا من الجانبين ـ كبيع سمسم بسمسم ـ فيصحّ. وبـ«ليس تابعًا بالإضافة إلى المقصود» ما إذا كان تابعًا؛ كبيع حنطة بشعير وفيهما أو في أحدهما حَبَّاتٌ من الآخر يسيرة بحيث لا يقصد تمييزها لتستعمل وحدها فإنه يصحّ، وكذا لو باع صاع بُرٌّ جيد ورديء مختلطًا بمثله فإنه يصح، ويجوز بيعه بجيد أو رديء؛ إذ المتوزع شرطه التمييز، وظاهر كلامهم أنه يصح وإن كثرت حَبَّاتُ الآخرِ، وهو كذلك وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين، والفرق بين الجنس والنوع أن الحَبَّاتِ إذا كثرت في الجنس لم

. . . .

تتحقق المماثلة بخلاف النوع، وكبيع دار فيها بئر ماء عذب بمثلها فإنه يصح، لأن الماء وإن اعتُبر عِلْمُ العاقدين به تابع بالإضافة إلى مقصود الدار؛ لعدم توجُّه القصد إليه غالبًا، ولا ينافي كونه تابعًا بالإضافة كونه مقصودًا في نفسه؛ حتى يشترط التعرّض له في البيع ليدخل، والحاصل أنه من حيث أنه تابع بالإضافة اغتفر من جهة الربا، ومن حيث أنه مقصود في نفسه اعتبر التعرّض له في البيع ليدخل فيه. وبـ«نقص قيمة المكسرة عن الصحيحة» ما لو تساوت قيمتها فلا بطلان.

ولو باع دارًا وقد ظهر بها معدن ذهب بذهب لم يصح للربا؛ لأن المعدن مع العلم به مقصود بالمقابلة، فلو ظهر بها المعدن بعد الشراء جاز؛ لأن المعدن مع الجهل به تابع بالإضافة إلى مقصودِ الدار، والمقابلةُ بين الدار والذهب خاصة. فإن قيل: لا أثر للجهل بالمفسد في باب الربا، أجيب: بأنه لا أثر له في غير التابع، وأما في التابع فقد يُتسامح بجهله، والمعدن من توابع الأرض؛ كالحَمْلِ يتبع أمَّه في البيع وغيره. فإن قيل: قد منعوا بيع ذات لَبَنٍ بذات لَبَنٍ، أجيب: بأن الشرع جعل اللبن في الضرع كهو في الإناء بخلاف المعدن، وبأن ذات اللبن المقصود منها اللبن، والأرض ليس المقصود منها المعدن.

وإذا عرفت هذا ففي كلام المصنّف أمور نُنَبِّهُ عليها تشحينًا للذهن:

أحدها: قوله: «وإذا جمعت الصفقة» خرج بها ما إذا تعددت، وهو صحيح فيما إذا تعددت بتفصيل الثمن دون ما إذا تعددت بتعدد البائع أو المشتري كما مرَّ.

ثانيها: كان ينبغي أن يقول: «جنسًا» قبل قوله: «ربويًا» كما قدرته في كلامه؛ لأنه لو باع ذهبًا وفضة بحنطة فقط أو بشعير فقط أو بهما وما أشبه ذلك فإنه يصحّ مع دخوله في الضابط.

ثالثها: قوله: «واختلف الجنس منهما» ليس المراد الجنس الربوي المعتبر وجوده من الجانبين كما يوهمه كلامه فإن ذلك متّحد كما مرَّ، وإنما المراد اختلف جنس المبيع؛ بأن يكون مع الربوي جنس آخر كما يظهر ذلك من مثاله، فلو عبّر بقوله:

. . . .

«واختلف المبيع جنسًا» لاستقام.

رابعها: كان ينبغي أن يقول: «أو من أحدهما» كما قاله في «المحرَّر»؛ لأنه لو باع مُدًّا ودرهمًا بمُدَّين لم يختلف الجنس منهما، قال الزركشي: وهو مراد المصنف بدليل تمثيله بالمُدِّ والدرهم في مقابلة المُدَّين، وقد صرّح به في النوع ولا فرق، فَحَذَفَهُ من الأول لدلالة الثاني عليه.

خامسها: كان ينبغي أن يقول أيضًا: «أن يكون الجنس الآخر مقصودًا» ليخرج التابع للمقصود كما مرَّ.

سادسها: تمثيله يقتضي التصوير بما إذا كان المضموم إليه ربويًّا، وليس مرادًا؛ بل لا فرق في الجنس المضموم إلى الربوي بين أن يكون ربويًّا أيضًا أم لا كما تقدم.

سابعها: تمثيله لاختلاف النوع بالصحاح والمكسرة فيه تَجَوُّزٌ، وإنما هو اختلاف صفةٍ لا اختلاف نوعٍ، فمرادُهُ بالنوع ما ليس بجنس ليشمل النوعَ والصفةَ كما تقدّم حتى يصح المثال.

ثامنها: أطلق البطلان في الصحاح والمكسرة، ولا بدّ أن تنقص قيمة المكسر عن الصحيح كما مرّ.

تاسعها: لا يشترط تمييز أحد النوعين عن الآخر، فلو باع صاعًا من رديء وجيد مختلطين بمثله أو جيد أو رديء جاز كما مرّ، ومثله ما لو خلط الصحاح بالمكسرة.

فروع: يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز وزنًا وإن اختلف قشرهما، وسيأتي في ذلك خلاف في السَّلَمِ إن شاء الله تعالىٰ. ويجوز بيع لُبِّ الجوز بِلُبِّ الجوز ولُبِّ اللوز بِلُبِّ اللوز، فإن قيل: قد منعوا بيع منزوع النوى بمثله لبطلان كماله وهو موجود هنا، أجيب: بأن منزوع النوى أسرع فسادًا من لُبِّهما كما هو معلوم. ويجوز بيع البيض مع قشره بالبيض كذلك وزنًا عند اتحاد الجنس، فإن اختلفا جاز جزافًا.

وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الأَظْهَرِ.

[حكم بيع اللَّحم بالحيوان]

(ويحرم بيع اللَّحم)[١] وما في معناه كالشحم والكبد والقلب والكلية والطحال والألية (بالحيوان من جنسه) كبيع لحم ضأن بضأن، (وكذا) يحرم (بغير جنسه من مأكول)؛ كبيع لحم البقر بالضأن، ولحم السمك بالشاة، ولحم الشاة بالبعير، (وغيره) أي غير مأكول؛ كبيع لحم ضأن بحمار (في الأظهر)؛ لأنه ﷺ: «نَهَى أَنْ تُبَاعَ الشَّاةُ بِاللَّحْمِ»[٢] رواه الحاكم والبيهقي وقال: «إسناده صحيح»، «وَنَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ»[٣] رواه

---

(١) ولو لحم سمك وجراد بحيوان حيٍّ، فخرج السمكُ والجراد الميت، وهو تنظيرٌ في الحكم وليس من القاعدة؛ بخلاف بيع اللبن بالحيوان وبيعِ البيض بالحيوان فإنَّه صحيحٌ فيه، وبيع لبن بقرة بشاة ولو في ضرعها لبن يقصد للحلب، وبيع بيضٍ بدجاجةٍ لا بيض لها وإن اتحد جنسهما، ولا يصح بيع ذات لبن بذات لبن ولا ذات بيض بذات بيض إن اتحد جنسهما إلا في الآدميات «ح ل»، والاستثناء راجع لذات اللبن، وعبارة «م ر»: أو باع ذات لبن مأكولة بذات لبن كذلك من جنسها لم يصح؛ إذ اللبن في الضرع يأخذ قسطًا من الثمن؛ بخلاف الآدمية ذات اللبن، وفُرِّقَ: بأن لبن الشاة مثلًا في الضرع له حكم العين ولهذا امتنع عقد الإجارة عليه؛ بخلاف لبن الآدمية فله حكم المنفعة ولهذا جاز عقد الإجارة عليه. انتهى. ولو باع شاةً ذات لبن ببقرة ذات لبن صح لاختلافِ جنس الحيوانين وجنس اللَّبنين؛ لأن الألبان أجناس والبقر والجاموس جنسٌ وكذا الغنم والمعز.

(٢) أخرجه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»، كتاب البيوع، باب بيع اللحم بالحيوان /١٠٥٦٩/ عن سمرة رضي الله عنه: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى أن تباع الشَّاة باللَّحم».
قال البيهقي رحمه الله تعالى: هذا إسناد صحيح، ومن أثبت سماع الحسن البصريِّ عن سمرة بن جندب عدَّه موصولًا، ومن لم يثبته فهو مرسل جيِّد يضمُّ إلى مرسل سعيد بن المسيَّب والقاسم بن أبي بزَّة وقول أبي بكر الصدِّيق رضي الله عنه.
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٢٥١/ بمثل لفظ البيهقيِّ رحمه الله تعالى، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، رواته عن آخرهم أئمة حُفَّاظ ثقات، ولم يخرجاه، وقد احتجَّ البخاريُّ بالحسن عن سمرة. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: احتجَّ البخاريُّ بالحسن عن سمرة.

(٣) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ»، كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللَّحم /٦٤/. والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٢٥٢/، وأبو داود في «مراسيله»، ص/١٦٦/، الحديث رقم /١٧٨/، =

. . . .

أبو داود عن سعيد بن المسيب مرسلًا، وأسنده الترمذي عن زيد بن سلمة الساعدي. ومقابل الأظهر: الجواز، أما في المأكول ـ وهو مبني على أن اللحوم أجناس ـ فبالقياس على بيع اللحم باللحم، وأما في غيره فَوُجِّهَ بأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه ولم يوجد ذلك هنا.

أما بيع الجلد بالحيوان فيصحّ بعد دبغه بخلافه قبله.

[حكم بيع لبن شاةٍ بشاةٍ حُلب لبنها ونحو ذلك]

خاتمة: يجوز بيع لبن شاة بشاة حُلب لبنُها، فإن بقي فيها لبنٌ يُقصد حلبه لكثرته، أو باع ذات لبن مأكولة بذات لبنٍ كذلك من جنسها لم يصحّ؛ لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطًا من الثمن؛ بدليل أنه يجب التمر في مقابلته في المُصراة، بخلاف الآدميات ذوات اللبن فقد نقل في البيان عن الشاشي الجواز فيها، وفرّق: بأن لبن الشاة في الضرع له حكم العين، ولهذا لا يجوز عقد الإجارة عليه، بخلاف لبن الآدمية فإن له حكم المنفعة، ولهذا يجوز عقد الإجارة عليه. ولو باع لبن بقرة بشاة في ضرعها لبن صحّ لاختلاف الجنس كما مرَّ، أما بيع ذات لبنٍ بغير ذات لبنٍ فصحيح. وبيع بيضٍ بدجاجة كبيع لبنٍ بشاة، فإن كان في الدجاجة بيض والبيضُ المبيع بيض دجاجة لم يصحّ، وإلَّا صحَّ، وبيع دجاجة فيها بيضٌ بدجاجة كذلك باطل كبيع ذات لبنٍ بمثلها.

* * *

= وكلُّهم عن سعيد بن المسيَّب مرسلًا.

وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب الرِّبا / ١١٤٣/ وقال: رواه مالك، وعنه الشافعيُّ من حديث سعيد بن المسيب مرسلًا، وهو عند أبي داود في «المراسيل»، ووصله الدارقطنيُّ في «الغرائب» عن مالك عن الزهريِّ عن سهل بن سعد، وحكم بضعفه، وصوَّب الرواية المرسلة التي في «الموطَّأ»، وتبعه ابن عبد البرِّ وابن الجوزيِّ، وله شاهد من حديث ابن عمر، رواه البزَّار، وفيه ثابت بن زهير، وهو ضعيف، وأخرجه من رواية أبي أميَّة بن يعلى عن نافع أيضًا، وأبو أميَّة ضعيف، وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة، واختلف في صحَّة سماعه منه؛ أخرجه الحاكم والبيهقيُّ وابن خزيمة.

٢ـ بابٌ [في البيوع المنهيِّ عنها وغيرها]

نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ، وَهُوَ ضِرَابُهُ، وَيُقَالُ: مَاؤُهُ، . . . .

(بابٌ) في البيوع المنهيِّ عنها وغيرها

[أقسام البيوع المنهي عنها]

والبيوع المنهيّ عنها قسمان:

* **فاسدٌ** لاختلال ركن أو شرط وهو المُصَدَّرُ به.

* **وغير فاسد** لكون النهي ليس لخصوصيته؛ بل لأمر آخر كما سيأتي.

وتعاطي العقود الفاسدة حرام في الربوي وغيره إلَّا في مسألة المضطر المعروفة، وهي فيما إذا لم يبعه مالك الطعام إلَّا بأكثر من ثمن المثل، فله أن يشتريه شراءً فاسدًا إن أمكن حتى لا يلزمه أكثر منه.

[القسم الأوَّل: ما كان فاسدًا لاختلال ركن أو شرط]

ثم شرع في القسم الأول وهو ثمانية مبتدئًا بواحد منها، فقال:

[بيع ضراب الفحل]

(نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ) رواه البخاري[١]، **(وهو)** ـ بفتح العين وسكون السِّين المهملتين وبالباء الموحَّدة ـ **(ضِرابه)** وهو ـ بكسر الضاد ـ طروق الفحل للأنثى، قال الرافعي: «وهذا هو المشهور في كتب الفقه». **(ويقال: ماؤه[٢])**، وصحَّحه الماوردي والروياني، وعليهما لا بدّ من تقدير في الحديث ليصح النهي؛ لأن نفس العَسْبِ وهو الضراب لا يتعلق به النهي؛ لأنه ليس من أفعال المكلّفين والإعارة له محبوبةٌ، فيكون التقدير على الأول: أجرة عَسْبِ الفحل، وعلى الثاني: ثمن مائه.

---

(١) أخرجه البخاريّ في «صحيحه»، كتاب الإجارة، باب عسب الفحل / ٢١٦٤/ .

(٢) أي الذي في صُلبه.

وَيُقَالُ: أُجْرَةُ ضِرَابِهِ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ، وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الأَصَحِّ.

وَعَنْ حَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَهُوَ ....

(ويقال: أجرة ضرابه)، ورجحه الخطابي في «غريب الحديث»، وجزم به صاحب «الكافي»؛ أي أنه نَهَى عن بذل ذلك وأخذه. فإن قيل: على هذا التقدير ما الفرق بين التفسير الأول والثالث؟ أجيب: بأن الأجرة على التفسير الأول مقدَّرة، وعلى الثالث ظاهرة، وهذا كافٍ في الفرق.

(فيحرم ثمن مائه) عملًا بالأصل في النهي من التحريم، والبيع باطلٌ لأنه غير مُتَقَوِّمٍ[١] ولا معلوم ولا مقدور التسليم. (وكذا) يحرم (أجرته في الأصح) لما ذكره، ولم تصح إجارته لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك؛ بل يتعلق باختيار الفحل. والثاني: يجوز كالاستئجار لتلقيح النخل، وأجاب الأول: بأن الأجير قادر على تسليم نفسه وليس عليه عين؛ حتى لو شرط عليه ما يلقح به فسدت الإجارة، وههنا المقصود الماء والمؤجِّرُ عاجز عن تسليمه؛ وعلى الأول لمالك الأنثى[٢] أن يعطي مالكَ الفحل شيئًا هدية.

وإعارته للضِّراب محبوبة[٣] كما مرَّ.

[بيع حبل الحبلة]

(و) الثاني منها: النهي (عن) بيع (حَبَلِ الحَبَلَةِ)[٤] رواه الشيخان، (وهو) ـ بفتح

---

(١) أي ليس له قيمة، وليس المراد بالمتقوِّم ما قابل المثليَّ.

(٢) وعبارة «حج»: ويجوز الإهداء لصاحب الفحل؛ بل لو قيل بندبه لم يبعد.

(٣) ومحلُّ ذلك حيث لم يتعيَّن وإلَّا وجبت، وكان الامتناع منها كبيرةً حيث لا ضرر عليه في ذلك، وتجب الإعارة مجَّانًا، ويفرَّق بينه وبين المصحف حيث لا تجب إعارته مجَّانًا وإنْ تعيَّن لقراءة الفاتحة بأن لم يكن في البلد غيره: بأنَّ المصحف له بدلٌ بأن يلقّنه غيبًا بخلاف هذا. انتهى. وخالف الإمام أحمد في الاستحباب. ويصحُّ وقفه للضراب، وإذا أتلف شيئًا لا يضمنه الواقف؛ بخلاف ما لو وقف عبدًا فضمان مُتلفاتِهِ عليه، والفرق بينهما: أنَّ العبد متلفاته متعلِّقة برقبته وقد فوَّتها المالك بالوقف، والفحل لا يتعلق برقبته متلفاته، فالضمان في متلفاته على من هو تحت يده. ولو جنى شخص على الفحل الموقوف أخذت منه القيمة واشْتُري بها غيره ووقف مكانه «برماوي».

(٤) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة /٢٠٣٦/ عن =

نَتَاجُ النِّتَاجِ ؛ بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجَ النِّتَاجِ ، أَوْ بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النِّتَاجِ .

وَعَنِ الْمَلَاقِيحِ ، وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ. . . . .

المهملة والموحَّدة، وغلط من سكّنها ـ (نتاج النتاج؛ بأن يبيع نتاج النتاج) هذا تفسير أهل اللغة، ووجهُ البطلان انتفاء الملك وغيره من شروط البيع. (أو) يبيع شيئًا (بثمن إلى نتاج النتاج)، وهذا تفسير ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما كما ثبت في الصحيحين[١] وهو راوي الحديث، ووجه البطلان جهالة الأجل.

تنبيه: «الحَبَلَةُ» جمع «حَابِلٍ»، وقيل: هو مفرد وهاؤه للمبالغة. وفي كلام المصنف تبعًا للحديث مجاز من وجهين:

الأول: إطلاق الحَبَلِ على البهائم مع أنه مختصّ بالآدميات بالاتّفاق؛ حتى قيل: إنه لا يقال لغيرهن إلَّا في الحديث، وإنما يقال للبهائم: «الحَمْلُ» بالميم.

والثاني: أنه مصدر والمراد به اسم المفعول وهو «المحبول به».

و«النِّتَاجُ» بفتح النون على المشهور، وضبطه المصنّف بخطه بكسرها، وهو الذي يتلفظ به الفقهاء، يقال: «نُتجت الناقة» على ما لم يُسَمَّ فاعله.

[بيع الملاقيح]

(و) **الثالث** منها: النهي (عن) بيع (الملاقيح) جمع «مَلْقُوحٍ»، وهو لغةً: جنين الناقة خاصة[٢]، وشرعًا أعم من ذلك كما يؤخذ من قوله: (وهي ما في البطون) من الأَجِنّة[٣].

= عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحَبَلَةِ، وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهليّة، كان الرَّجل يبتاع الجَزُور إلى أن تنتج النَّاقة، ثمَّ تنتج التي في بطنها».

(١) انظر الحديث السابق.

(٢) يرد عليه أنَّ المعنى اللغويَّ أخصُّ من الشرعي مع أنَّ المشهور العكس؛ إلَّا أن يقال: هذا المشهور أغلبيٌّ، وإلَّا فقد يكونان متساويين أيضًا، وقد يكون اللغويُّ أخصَّ كما هنا.

(٣) شمل الذكر والأنثى.

وَالْمَضَامِينِ، وَهِيَ مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ.

وَالْمُلَامَسَةِ؛ بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا . . . .

[بيع المضامين]

(و) الرابع منها: النهي عن بيع (المضامين[١]) جمع «مَضْمُون» كمجانين جمع «مجنون»، أو «مِضْمَان» كمفاتيح جمع «مفتاح»، **(وهي ما في أصلاب الفحول)** من الماء. رَوَى النهيَ[٢] عن بيعهما مالك عن سعيد بن المسيب مرسلًا[٣] والبزَّار مسندًا، وبطلان بيعهما لانتفاء الشروط.

[بيع الملامسة]

(و) الخامس منها: النهي عن بيع (الملامسة) رواه الشيخان[٤]؛ **(بأن يلمس ثوبًا**

---

(١) سُمِّيت بذلك لأنَّ الله أودعها في ظهورها، فكأنَّها ضمنتها.

(٢) أخرجه مالك في «الموطَّأ»، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان / ٦٣/ عن سعيد بن المسيَّب أنَّه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنَّما نُهِيَ من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحَبَلَةِ».
وأخرجه عبد الرزاق في «مصنَّفه»، (٨/٢٠)، رقم الحديث / ١٤١٣٧/ عن ابن المسَيَّب رحمه الله تعالى.
وأخرجه الطبرانيُّ في «المعجم الكبير»، (٤٢٨/٩)، رقم الحديث / ١١٤١٥/ عن ابن عبَّاس رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحَبَلَةِ».
قال المناويُّ ـ رحمه الله تعالى ـ: رواه الطبرانيُّ في «المعجم الكبير» وكذا البزَّار عن ابن عبَّاس، ورواه البزَّار عن ابن عمر، قال الهيثميُّ فيه إبراهيم بن إسماعيل بن حبيبة، وثَّقهُ أحمد، وضعَّفه جمهور الأئمَّة وأخرجه عبد الرَّزَّاق؛ قال ابن حجر: «وسنده قويّ». انتهى. ثمَّ رمز المصنِّف ـ أي السيوطيُّ ـ لصحَّته.
انظر: فيض القدير، باب المناهي، (٣٩٩/٦)، رقم الحديث / ٩٣٥٦/ .

(٣) الحديث المرسل: ما سقط منه الصحابيُّ رضي الله عنه؛ قال صاحب البيقونيَّة:
ومرسلٌ منه الصَّحابيُّ سقط . . . .

(٤) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع المنابذة / ٢٠٣٩/ عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة».
وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة / ٣٨٠١/ بمثل لفظ البخاريّ رحمه الله تعالى.

مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ، أَوْ يَقُولَ: «إِذَا لَمَسْتَهُ فَقَدْ بِعْتُكَهُ». وَالْمُنَابَذَةِ؛ بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا.

مطويًّا) أو في ظُلْمَةٍ (ثم يشتريه[1] على أن لا خيار له إذا رآه)؛ اكتفاءً بلمسه عن رؤيته، (أو يقول: «إذا لَمَسْتَهُ[2] فقد بِعْتُكَهُ[3]»)؛ اكتفاءً بلمسه عن الصيغة، وبطلان البيع في ذلك لعدم الرؤية على التفسير الأول، وعدم الصيغة على التفسير الثاني.

[بيع المنابذة]

(و) السادس منها: النهي عن بيع (المنابذة) ـ بالمعجمة ـ رواه الشيخان[4]، و«النَّبْذُ»: الطرح والإلقاء؛ قال تعالىٰ: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٨٧] (بأن يجعلا النبذ بيعًا) اكتفاءً به عن الصيغة، فيقول أحدهما: «أَنْبِذُ إليك ثوبي بعشرة» فيأخذه الآخر. ووجه البطلان فَقْدُ الصيغة، ويجيء فيه الخلاف المذكور في المُعاطاة، فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها؛ هكذا نقله الرافعي عن الأئمة؛ حتى قيل: إن النصَّ على المنع هنا نصٌّ على إبطال المعاطاة، وردَّه السبكي؛ قال: لأن المعاطاة فِعْلٌ معه قرينة تدل على قصد البيع؛ حتى كأنه وُضع عرفًا لذلك، وهذا ما عُلم ذلك منه إلَّا بقوله: «إذا نبذتُ فقد بعت»، وحالة النَّبْذِ لم يوجد قصد ولا قرينة، وليس ذلك حقيقة المعاطاة. انتهى. أو يقول: «بعتُكَ هذا بكذا على أني إذا نبذتُهُ إليك لزم البيع وانقطع الخيار[5]»، ووجه البطلان في ذلك وجود الشرط الفاسد[6].

---

(١) أي بإيجاب وقبول.

(٢) قال عميرة: يصحُّ قراءته بضمِّ التاء وفتحها، وكذا في كلِّ مواضعها؛ أي التاء. وعلَّل الإمام بطلانه بالتعليق والعدول عن الصيغة الشرعية، وبيَّنه الإسنوي بأن إن جعل اللمس شرطًا فبطلانه للتعليق، وإن جعل ذلك بيعًا فلفقد الصيغة. «شوبري مع زيادة».

(٣) أي فيقبل الآخر، فهو وإن وجد الإيجاب والقبول لكنَّه مع الشرط الفاسد، وهو اللَّمس؛ «ح ل».

(٤) انظر الحديث السابق.

(٥) عطف لازم على ملزوم.

(٦) لأنَّ خيار المجلس مثلًا لا ينقطع إلَّا بالتفرُّق أو إلزام العقد وقد قطعه باللَّمس أو بالنبذ مع كونهما في محلِّهما لم يلزما العقد، فكأنَّه نفى خيار المجلس، ونفيه مفسد للبيع، ويلزم عليه أيضًا نفي خيار العيب باللمس والنبذ المذكورين مع أنَّه لا ينتفي بذلك.

وَبَيْعِ الْحَصَاةِ؛ بِأَنْ يَقُولَ: «بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ»، أَوْ يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَوْ «بِعْتُكَ وَلَكَ الْخِيَارُ إِلَى رَمْيِهَا».

وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ؛ بِأَنْ يَقُولَ: «بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أَوْ أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ»، . . . . .

[بيع الحصاة]

(و) **السابع** منها: النهي عن (**بيع الحصاة**) رواه مسلم[١]؛ (**بأن يقول: «بعتُكَ من هذه الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه»**)، أو «بعتكَ من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاةُ»، (**أو يجعلا**) أي المتبايعان (**الرمي**) لها (**بيعًا**)؛ بأن يقول: «إذا رميتُ هذه الحصاةَ فقد بعتُكَ هذا الثوب بكذا»، (**أو**) يجعلاه قاطعًا للخيار؛ بأن يقول: (**بعتُكَ ولَكَ**) أو لي أو لغيرهما (**الخيار إلى رميها**)، ووجه البطلان في الأول: جهالة المبيع، وفي الثاني: فقدان الصيغة، وفي الثالث: الجهل بمدة الخيار.

تنبيه: لا يجوز عطف الثالث على ما قبله؛ بل على الأول، فإنهما معمولان لقوله في الأول: «بأن يقول»، فكان ينبغي تقديمه على الثاني، أو يزيد لفظة «يقول» كما قدّرتها تبعًا للمحرَّر.

[البيعتان في بيعةٍ]

(و) **الثامن** منها: النهي (**عن بيعتين**[٢] **في بيعة**) رواه الترمذي وصحَّحه[٣]؛ (**بأن يقول: بعتُك**) هذا (**بألفٍ نقدًا أو ألفين**[٤] **إلى سنة**) فخذ بأيهما شئتَ أنتَ أو شئتُ أنا،

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر /٣٨٠٨/ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر».

(٢) في تسمية هذا بيعتين تسمُّح؛ لأنَّها بيعة واحدة، وإنَّما سمَّاها بيعتين باعتبار الترديد في الثمن.

(٣) أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة /١٢٣١/ عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة».
قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح.

(٤) بخلاف ما لو قال: «وألفين» ـ بالواو ـ فيصحُّ ويكون بعض الثمن حَالًا ـ وهو الألف ـ وبعضُه مؤجَّلًا وهو ألفان، ومحلُّه إذا حذف قوله «فخذ بأيِّهما شئت» وإلَّا لم يصحَّ.

أَوْ: «بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا».

وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ؛ كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ، وَلَوِ اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ، ....

وهو باطل للجهالة. (أو «بعتُكَ ذا العبد بألفٍ على أن تبيعني دارك بكذا») أو «تشتري داري مني بكذا».

[حكم بيعٍ وشرطٍ]

(و) عدم الصحة للنهي (عن بيع وشرط[1]) رواه عبد الحق في «أحكامه»[2]، وذلك (كبيع بشرط بيع) كما تقدم، (أو) بشرط (قرض)؛ كأن يبيعه عبدَهُ بألف بشرط أن يقرضه مائة، والمعنى في ذلك أنه جعل الألف ورفق العقد الثاني ثمنًا، واشتراط العقد الثاني فاسد فَبَطَلَ بعض الثمن، وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي فبطل العقد. ولو عقد البيع الثاني لم يصحّ إن جهلا أو أحدهما بطلان الأول؛ لأنهما أثبتاه على حكم الشرط الفاسد، فإن علما فساد الأوّل صحّ. وسبب فساد الشرط ـ كما قاله الغزالي ـ أن انضمام الشرط إلى البيع يُبْقِي عُلْقَةً بعد البيع يثور بسببها منازعة بين المتبايعين فبطل؛ أعني الشرط إلّا ما استثني لمعنى كما سيأتي.

(ولو اشترى زرعًا بشرط أن يَحْصُدَهُ[3] البائع) ـ بضمّ الصاد وكسرها ـ أو ويحصده

---

(١) الحاصل من كلامهم أنَّ كلَّ شرط منافٍ لمقتضى العقد إنَّما يبطله إذا وقع في صلبه أو بعده وقبل لزومه؛ بخلاف ما لو تقدَّم عليه ولو في مجلسه. وقوله: «وقبل لزومه» شامل لخيار الشرط، وهو كذلك.

(٢) أخرجه الطبرانيُّ في «المعجم الأوسط»، (٤/ ٣٣٥)، رقم الحديث /٤٣٦١/ ، وذكره ابن حجرٍ في «تلخيص الحبير»، (٣/ ٣٢)، الحديث رقم /١١٥٠/ ، وقال: بيَّض له الرَّافعيُّ في «التَّذنيب»، واستغربه النَّوويُّ، وقد رواه ابن حزم في «المُحلَّى»، والخطابيُّ في «المعالم»، والطبرانيُّ في «الأوسط»، والحاكم في «علوم الحديث». ثم قال: ورواه أصحاب السُّنن إلا ابن ماجه وابنُ حبَّان والحاكمُ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّهِ بلفظ: «لا يَحِلُّ سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيعٍ».

(٣) البائع أو أجنبي، أو قال: «وتحصده» بخلاف «و احصدْهُ» بصيغة الأمر فإنَّه لا يكون شرطًا؛ لأنَّ صيغة الأمر شيء مبتدأ غير مُقَيِّدٍ لما قبله فلم تكن في معنى الشرط؛ بخلاف صيغة الخبر فإنَّها مقيِّدة لما قبلها فكانت بمعنى الشرط. قال «الشوبري»: من هذا القبيل: «اشتريتُ منك هذا الحطب بشرط»

أَوْ ثَوْبًا وَ يَخِيْطَهُ؛ فَالأَصَحُّ بُطْلاَنُهُ، وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، أَوِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ، أَوِ بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ أَوِ ....

البائع، (أو ثوبًا) بشرط أن يخيطه البائع، أو (ويخيطه) البائع وما أشبه ذلك (فالأصح) من طرق ثلاثة (بطلانه) أي الشراء؛ لاشتماله على شرط عملٍ فيما لم يملكه المشتري الآن؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلَّا بعد الشرط، وذلك فاسد. والطريقة الثانية في البيع والشرط: القولان في الجمع بين بيع وإجارة، والطريقة الثالثة: يبطل الشرط، وفي البيع قولا تفريق الصفقة.

تنبيه: قد عبّر في «المحرّر» بلفظ «الشرط» في المثالين فقال: «أو ثوبًا بشرط أن يخيطه»، قال الإسنوي: فعدل إلى ما ذكره للتنبيه على فائدة نفيسة وهي أنه لا فرق بين أن يصرّح بالشرط أو يأتي به على صورة الإخبار، وقد صرّح بذلك في «شرح المهذب»، فقال: وسواء أقال: «بِعْتُكَهُ بألف على أن تحصده أو وتحصده»، وقال الشيخ أبو حامد: «لا يصح الأوّل قطعًا، وفي الثاني الطريقان». انتهى، ولم يتعرض الرافعي في كتبه إلى هذه الفائدة ولا المصنّف في «الروضة».

ولو قال: «اشتريته بعشرة واستأجرتُكَ لحصده أو خياطته بدرهم» وقَبِلَ بأن قال: «بعتك وأجرتك» صحّ البيع دون الإجارة؛ لأنه استأجره قبل الملك لمحل العمل، فإن اشتراه واستأجره بالعشرة فقولا تفريق الصفقة في البيع، وتبطل الإجارة كما صرَّح به في «المجموع». ولو اشترى حطبًا مثلًا على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف منزله؛ لأنه بيع بشرط، فإن أطلق العقد صحَّ، ولا يجب إيصاله منزله وإن اعتيد؛ بل يسلمه له في موضعه.

[ما يُستثنى من النهي عن بيع وشرط من الصُّور]

(ويستثنى) من النهي عن بيع وشرط (صور) تصح كما سيأتي؛ (كالبيع بشرط الخيار أو البراءة من العيب أو بشرط قطع الثمر)، وسيأتي الكلام عليها في محالها، (أو) بشرط

* أن تحمله إلى البيت» سواء كان البيت معروفًا أم لا، وكذا لو شرط عليه حمل البطيخة المشتراة، ونحو ذلك.

الأَجَلِ وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ . . . .

(الأجل) في عقد لا يشترط فيه الحلول والتقابض كالرِّبويات، (والرهن والكفيل المُعَيَّنَاتِ لثمن) أو مبيع (في الذمة)، أما الأجل فلقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ أي معين، نعم التأجيل بما يُستبعد بقاء الدنيا إليه ـ كألف سنة ـ فاسدٌ كما قاله في «زوائد الروضة»، وأما الرهن والكفيل فللحاجة إليهما في معاملة[١] من لا يرضى إلَّا بهما والتعيين في الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السَّلَمِ، وفي الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب، ولا يكفي الوصف؛ كموسِرٍ ثقةٍ، وبحث الرافعي الاكتفاء به وقال: «إنه أَوْلَى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يُعرف حاله»، وأجيب عنه: بأن الأحرار لا يمكن التزامهم في الذمة لعدم القدرة عليهم، بخلاف المرهون فإنه مال يثبت في الذمة، وهذا جريٌ على الغالب وإلَّا فقد يكون الضامن رقيقًا. ويُشترط أن يكون المرهون غير المبيع، فإن شَرَطَا رهنه لم يصح سواء اشترط أن يرهنه إيَّاه بعد قبضه أم قبله؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلَّا بعد الشرط، فإن رهنه بعد قبضه بلا شرط صَحَّ.

تنبيه: أشار المصنف بقوله: «المُعَيَّنَات» إلى تعيين الثلاثة، وكان الأَوْلَى أن يقول: «المعينين» تغليبًا للعاقل ـ وهو الكفيل ـ على غيره.

ولو عبَّر بقوله: «بعوض» حتى يشمل المبيع لاستغنى عمّا قدَّرْتُهُ، فإن المبيع قد يكون في الذمة أيضًا كما لو قال: «اشتريتُ منك صاعًا في ذمتك بصفة كذا»، فيصح فيه اشتراط الأجل والرهن والكفيل. وخرج بقيد «في الذمة» المُعَيَّنُ؛ كما لو قال: «بعتك بهذه الدراهم على أن تسلِّمها إليَّ وقت كذا» أو «ترهن بها كذا» أو «يضمنك بها فلان»، فإن العقد بهذا الشرط باطل؛ لأنه رفق شرع لتحصيل الحق والمُعَيَّنُ حاصل، فشرط كل من الثلاثة معه واقعٌ في غير ما شرع له، وأما صحة ضمان العوض المعين فمشروط بقبضه كما سيأتي في محله، وبالثمن والمبيع ما لو شرط رهنًا أو ضامنًا بدين آخر فإنه لا يصح؛ لأنه شرط مقصود لا يوجبه العقد، وليس من مصالحه. ويستثنى من إطلاقه الكفيل ما لو باع سلعة من اثنين وشرط أن يتضامنا فإنه لا يصح كما في «تعليق» القاضي

(١) في نسخة البابي الحلبي: «مقابلة».

وَالإِشْهَادِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ.

حسين و«الوسيط» وغيرهما، وعلّلوه: بأنه شرط على المشتري أن يكون ضامنًا لغيره، وهو باطل لخروجه عن مصلحة عقده بخلاف عكسه.

(و) بشرط (**الإشهاد**) على الثمن أو المُثْمَنِ سواء المعين وما في الذمة؛ لعموم قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1] [البقرة: ٢٨٢]، وللحاجة إليه.

(**ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح**)؛ لأن المقصود ثبوت الحق، وهو يثبت بأي عدول كانوا[2]. والثاني: يشترط كما في الرهن والكفيل. وعلى الأول لو عيّنهم لم يتعينوا، ولا خيار لمن شرط له ذلك إذا امتنعوا، فيجوز إبدالهم بمثلهم أو فوقهم في الصفات.

(**فإن لم**) يشهد من شُرِطَ عليه الإشهاد؛ كأن مات قبله، أو لم (**يرهن**) ما شرط رهنه؛ كأن تلف المرهون أو أعتقه مالكه أو دَبَّرَهُ أو بان معيبًا قبل القبض، (**أو لم يتكفل المعين**)؛ كأن مات قبله (**فللبائع الخيار**) إن شرط له، وإن شرط للمشتري فله إذا فات المشروط من جهة البائع لفوات المشروط، وهو على الفور لأنه خيار نقص، ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بما شرط لزوال الضرر بالفسخ، ولا يقوم غير المعيَّن مقامه إذا تلف، ولا خيار له إن تعيب بعد القبض إلَّا إن استند إلى سبب سابق جهله كَرِدَّةٍ وسرقة سابقين فيثبت له الخيار، بخلاف ما لو مات بمرضٍ سابق. ولو تغيّر حال الكفيل بإعسار أو غيره قبل أن يتكفّل أو تَبَيَّنَ أنه كان قد تغيّر قبله فالقياس ـ كما قال

---

(١) ونزولها في السَّلم كما قال ابن عبَّاس لا يمنع الاستدلال بها في غيره؛ لأنَّ العبرة بعموم اللفظ. فإن قلتَ: أيّ عموم هنا؟ قلت: الفعل كالنكرة، وهي في حيِّز الشرط للعموم فكذا الفعل، أو لأنَّ الضمير في قوله: «وأشهدوا» راجع للأشخاص، والعموم في الأشخاص يستلزم العموم في الأحوال. وصرفَ الأمرَ في الآية عن الوجوب الإجماعُ، وهو أمرُ إرشادٍ لا ثواب فيه إلَّا لمن قصد به الامتثال كذا قيل.

(٢) ولذلك لو عيَّنهم لم يتعيَّنوا، ولا أثر لتفاوت الأغراض بتفاوتهم وجاهةً ونحوها، وهذا ربمَّا يفيد جواز إبدالهم بدونهم، وهو كذلك كما في «ع ش» على «م ر»، والذي في «شرح الروض» جواز إبدالهم بمثلهم أو فوقهم فقط.

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالإِعْتَاقِ، . . . .

الإسنوي ـ إلحاقه بالرهن. ولو علم المرتهن بالعيب بعد هلاك المرهون فلا خيار له؛ لأن الفسخ إنما يثبت إذا أمكنه رد المرهون كما أخذه، نعم إن كان الهلاك يوجب القيمة فأخذها المرتهن رهنًا ثم علم بالعيب فله الخيار كما جزم به الماوردي.

(ولو باع) رقيقًا **(عبدًا)** أو أَمَةً **(بشرط إعتاقه)** مطلقًا أو عن المشتري **(فالمشهور صحة البيع والشرط)**؛ لتشوُّف الشارع إلى العتق، ولخبر الصحيحين: أن عائشة رضي الله تعالىٰ عنها اشترت بَرِيرَةَ وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم، فلم ينكر ﷺ إلَّا شرط الولاء لهم بقوله: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَىٰ؟! مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»[(١)]. والثاني: لا يصحان كما لو شرط بيعه أو هبته، والثالث: يصح البيع ويبطل الشرط كما في النكاح. أما إذا شرط إعتاقه عن البائع أو أجنبي فإنه لا يصح؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به الخبر.

وخرج بـ«إعتاق المبيع» شرط إعتاق غيره، فلا يصحّ معه البيع لأنه ليس من مصالحه، وشرطُ إعتاق[(٢)] بعضه، نعم إن عيّن المقدار المشروط فالمتّجه ـ كما قال شيخنا ـ الصحة، ولو باع بعضه بشرط إعتاق ذلك البعض صحَّ كما هو قضية كلام «البهجة» كالحاوي. ويُستَثْنَى من إطلاق المصنف ما لو كان المشروط إعتاقه قريبه الذي يعتق عليه بالشراء كأبيه أو ابنه، فإنّ البيع لا يصح لتعذر الوفاء بالشرط؛ لأنه يعتق عليه قبل إعتاقه، وهذا هو المعتمد وإن قال في «المجموع»: وفيه نظر، ويحتمل الصحة ويكون شرطه توكيدًا للمعنى. قال الأذرعي: «والظاهر أن شراء من أقرّ بحريته بشرط العتق كشراء القريب، ويحتمل الفرق بينهما». انتهى، والأوّل أظهر للعلَّة المذكورة.

(والأصح) على الأول **(أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق)** وإن قلنا: «الحقُّ فيه

---

(١) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحلُّ / ٢٠٦٠/. ومسلم، كتاب العتق، باب بيان أنَّ الولاء لمن أعتق / ٣٧٧٩/.

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «اعتقاد».

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ، أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ ....

ليس له بل لله تعالىٰ»، وهو الأصح كالملتزم بالنذر؛ لأنه لزم باشتراطه، ويُثاب على شرطه فله غرض في تحصيله، ولذلك قد يتسامح في الثمن. قال الأذرعي: «ولِمَ لا يقال: للآحاد المطالبة به حسبةً؛ لا سيما عند موت البائع أو جنونه؟». والثاني: ليس له مطالبته لأنه لا ولاية له في حق الله تعالىٰ. فإن قلنا: «العتق حَقٌّ للبائع» فله المطالبة قطعًا، ولو أسقط البائع حقّه سقط على المذهب؛ كما لو شرط رهنًا أو كفيلًا ثم عفا عنه. ولو امتنع المشتري من الإعتاق أجبره الحاكم عليه؛ لأن الحَقَّ فيه لله تعالىٰ كما مرَّ، فإن أصرَّ على الامتناع أعتقه الحاكم عليه كما قاله القاضي والمتولّي، وقيل: يحبسه حتى يعتقه، أما إذا قلنا: «الحق فيه للبائع» لم يجبره بل يثبت للبائع الخيار، وإذا أعتقه المشتري أو الحاكم عنه فالولاء له. وإن قلنا: «الحق فيه للبائع» فللمشتري قبل العتق استخدامه وأكسابه وقيمته إن قُتِلَ ولا يكلف صرفها إلى عتق غيره، ولو كان المُشْتَرَى أَمَةً كان له وَطْؤُها على الأصح، فإنْ أولدها لم يُجْزِهِ عن الإعتاق بل عليه إعتاقها، وليس له البيع ولو بشرط الإعتاق؛ لأن عتقه متعين عليه، ولا الإجارة على الأصح في «المجموع». ولو جنى قبل إعتاقه لزمه فداؤه كأُمِّ الولد، ولو أعتقه عن كفارته لم يُجْزِهِ عنها وإن أذن له فيه البائع لاستحقاقه العتق بجهة الشرط فلا يصرف إلى غيرها؛ كما لا يعتق المنذور عن الكفارة.

وبما تقرر عُلم أنه لا يلزمه الإعتاق فورًا، وإنما يلزمه إذا طلبه منه الحاكم أو البائع أو ظنَّ فواته لو لم يأت به، فلو مات المشتري قبل إعتاقه فالقياس أن وارثه يقوم مقامه، هذا ظاهرٌ في غير من استولدها، أما من استولدها فينبغي أنها تعتق بموته، ولا ينافي ذلك قولهم: «إن الاستيلاد لا يجزىء لأنه ليس بإعتاق»؛ إذ معناه أنه لا يسقط عنه طلب العتق لا أنها لا تعتق بموته؛ لأن الشارع متشوّف إلى العتق ما أمكن، والحق في ذلك لله تعالىٰ لا للبائع على المعتمد، فعتقها بموته أَوْلَى من أن نأمر الوارث ليعتقها. ولو شرط عِتْقَ حامل فولدت ثم أعتقها لم يعتق الولد على الأصح في «المجموع»؛ لانقطاع التبعية بالولادة.

(و) الأصح (أنه لو شرط مع العتق الولاء له) أي البائع، **(أو شرط تدبيره)** أو تعليق

أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ.

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ؛ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ ....

عتقه بصفة، (أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر) مثلًا (لم يصح البيع)، أما في الأُولى فلمخالفته ما تقرّر في الشرع من أن الولاء لمن أعتق، وأجاب الشافعي رحمه الله تعالىٰ عن قوله ﷺ: «وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلَاءَ»[١] بمعنى «عليهم»؛ كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، وشرط الولاء لأجنبي أَوْلى بالبطلان. وأما في الباقي فلأنه لم يحصل في واحدٍ منه ما تشوَّف إليه الشارع من العتق الناجز. والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط. واشتراطُ الوقف كاشتراط التدبير ونحوه.

واحترز بقوله: «مع العتق» عمّا إذا شرط الولاء فقط؛ بأن قال: «إن أعتقته فولاؤه لي» فإن البيع باطل قطعًا؛ لأن الولاء تابعٌ للعتق وهو لم يشترط الأصل.

ولو باع رقيقًا بشرط أن يبيعه المشتري بشرط الإعتاق لم يصحّ البيع، وكذا لو اشترى دارًا بشرط أن يَقِفَهَا أو ثوبًا بشرط أن يتصدق به؛ لأن ذلك ليس في معنى ما ورد به الشرع.

(ولو شرط مقتضى العقد[٢]؛ كالقبض والرَّدِّ ....

(١) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء / ٢٥٧٩/. وابن حبّان في «صحيحه»، كتاب العتق، باب الولاء / ٤٣١٠/.

(٢) أي ما يقتضيه البيعُ، وهو ما رتَّبه الشارع عليه «ح ف». وحاصله أنَّ للمشروط في العقد خمسة أحوال: لأنَّه إمَّا لصحَّته كشرط قطع الثمرة، أو من مقتضياته كالقبض والردِّ بالعيب، أو من مصالحه كالكتابة والخياطة، أو مما لا غرض فيه كأكل الهريسة، أو مخالف لمقتضاه كعدم القبض، فهذا الأخير مفسد للعقد دون ما قبله، وهو معمولٌ به في الأوَّل، وتأكيدٌ في الثاني، ومثبتٌ للخيار في الثالث، ولاغٍ في الرابع. انتهى.

فرع: اختلفَ جمعٌ فيمن اشترى حبًّا بشرط أن ينبت، والذي يتَّجه فيه أنَّه إن شهد قبل بذره بعدم إنباته خبيران خُيِّرَ في ردِّه، ولا نظر لإمكان علم عدم إنباته ببذر قليل منه لا يمكن العلم بدونه، وليس كما لو اشترى بطيخًا فغرز إبرة في واحدة منه، فوجدها معيبة حيث يردُّ الجميع؛ لأنَّه ثمَّ لم يتلف من عين المبيع شيءٌ، وكذا لو حلف المشتري أنَّه لا ينبت لما تقرَّر أنَّه يصدَّق بيمينه لفقد الشرط، فإن انتفى ذلك كلُّه بأن بذره كلَّه ولم ينبت شيء من صلاحية الأرض، وتعذَّر إخراجه منها، =

بِعَيْبٍ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ. . . . .

بعيب[١]، أو) شرط (ما لا غرض فيه[٢]؛ كشرط أن لا يأكل إلَّا كذا)؛ كهريسة، أو لا يلبسه إلَّا كذا؛ كحرير (صح) العقد فيهما، أما في الأُولى فلأن اشتراطه تأكيد وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه، وأما في الثانية فلأن ذكره لا يورث تنازعًا[٣] في الغالب فذِكْرُهُ فيها لغوٌ، وهذا ما جزم به في «المجموع» ونقله في أصل «الروضة» عن الإمام والغزالي، ثم قال: لكن في «التتمة» أنه لو شرط إلزام ما ليس بلازم؛ كما لو باع بشرط أن يصلّي النوافل، أو يصوم شهرًا غير رمضان، أو يصلّي الفرائض في أول أوقاتها فَسَدَ العقدُ؛ لأنه إلزام ما ليس بلازم، قال: «وقضيته فساد العقد في مسألة الهريسة والحرير»، قال الإسنوي: ومقتضاه أنه لم يجد تصريحًا بالبطلان، وإنما يؤخذ من مقتضى كلام التتمة، وهو عجيبٌ فقد نصَّ عليه الشافعي في «الأمِّ» فقال: «وإذا باعه العبد على أن لا يبيعه من فلان، أو على أن يبيعه منه، أو على أن لا يستخدمه، أو على أن ينفق عليه كذا وكذا فالبيع فاسد»، فتلخّص أن مذهب الشافعي في اشتراط ما لا غرض فيه البطلانُ، وأن الرافعي لم يطّلع فيه إلَّا على كلام بعض المتأخرين المعدودين في المصنّفين لا في أصحاب الوجوه، قال: وقد اختار ابن الصلاح وابن الرفعة في «لا

= وصار غير متقوّم، أو حدث به عيب فله الأرش، وهو ما بين قيمته حبًّا نابتًا وحبًّا غير نابت؛ كما لو اشترى بقرةً بشرط أنها لبون فماتت في يده، ولم يعلم أنَّها لبون وحلف أنها غير لبون له الأرش، والمبيع إذا تلف من ضمان المشتري، وأمَّا إطلاق بعضهم أنَّه إذا لم ينبت يلزم البائع جميع ما خسره المشتري عليه كأجرة الباذر ونحو الحِراث، وبعضهم أجرة الباذر فقط فبعيدٌ جدًّا؛ إذ الوجه؛ بل الصواب أنَّه لا يلزمه شيء من ذلك؛ إذ ليس مجرّد الإنبات تغريرًا موجبًا لذلك، ثمَّ رأيت شيخنا أفتى في بيع بذر على أنَّه بذر قِثَّاء، فزرعه المشتري، فأورق ولم يثمر بأنَّه لا يخيَّر، وإن أورق غير ورق قثّاء فله الأرش. انتهى «حج» بحروفه.

(١) محلُّه إذا أمكن الوفاء به، وإلَّا كأن كان المشتري راهنًا وأولد ولم ينفذ إيلاده لإعساره، ثمَّ أراد شراءه المرهون بعد بيعه في الدين بشرط الردِّ بالعيب، فإنَّه لا يصحُّ لتعذر الوفاء؛ لنفوذ إيلاده بمجرَّد ملكه لها.

(٢) أي عرفًا، فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدهما.

(٣) أي بين البائع والمشتري.

وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ؛ كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوْ الدَّابَّةِ حَامِلًا أَوْ لَبُونًا صَحَّ، . . . . . .

يأكل إلَّا الهريسة» أن يُقْرَأَ بتاء الخطاب، فإنه حينئذ لا غرض فيه أصلًا، بخلاف ما إذا قُرِيءَ بالياء آخر الحروف فقد يتخيّل فيه الإفساد؛ لأنه ينفع العبد كالإعتاق، وما قالاه بعيدٌ عن السياق؛ لكنه صحيح نقلًا كما بَيَّنْتُهُ. وأجاب عن ذلك الزركشي: بأن ما في «التتمة» محلّه فيما لا يلزم السيد أصلًا، ومسألتنا محلُّها فيما يلزمه في الجملة؛ إذ نفقة الرقيق مقدرة بالكفاية، وقد شُرِطَ عليه أداؤها من أحد الأنواع التي تتأدّى هي ببعضها فيصح، ولا يلزمه الوفاء به لأن الواجب أحدها، فأشبه خصال الكفارة لا يتعين أحدها بالتعيين. قال: وأما قوله في «الأمِّ»: «على أن ينفق عليه كذا وكذا» ففيه إشارة إلى التقدير بقدرٍ معلومٍ، وإلى أنه يجمع له بين أدمين أو نوعين من الأطعمة، وذلك لا يلزم السَّيِّدَ فإذا شرط فقد شرط ما لا يلزمه، وهو مخالف لمقتضى العقد فأبطله. قال: «وفي التمثيل بلبس الحرير نظرٌ إذا كان العبد بالغًا فينبغي أن لا يصح البيع؛ كما لو باع سيفًا بشرط أن يقطع به الطريق»، وأجاب عنه شيخي: بأن لبس الحرير جائز في الجملة بخلاف المُنَظَّرِ به.

قال البغوي: ولو باعه إناءً بشرط أن لا يجعل فيه محرمًا، أو سيفًا بشرط أن لا يقطع به الطريق، أو عبدًا بشرط أن لا يعاقبه بما لا يجوز صحَّ البيع، ويُقاس به ما يشابهه. ولو قال: «بعتك الدار على أن لك نصفها بألف» صحَّ كما لو قال: «بعتُكها بألف إلَّا نصفًا».

(ولو شرط) البائع بموافقة المشتري حبسَ المبيع بثمن في الذمة حتى يستوفي الثمن[١] الحَالَّ لا المؤجل وخاف فَوْتَ الثمن بعد التسليم ولم يُقَلْ بالبداءة بالبائع صحَّ؛ لأن حبسه من مقتضيات العقد، بخلاف ما إذا كان مؤجَّلًا أو حالًّا ولم يخف فَوْتَهُ بعد التسليم؛ لأن البداءة حينئذ بالتسليم للبائع.

ولو شرط (**وصفًا يقصد؛ ككون العبد كاتبًا، أو الدابة**) أو الأَمَةِ (**حاملًا أو**) الدابة (**لبونًا**) أي ذات لَبَنٍ (**صحَّ**) العقد مع الشرط؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الزَّمن».

وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ، وَفِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: «بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا» ....

العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزم موجودًا عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وإن سمَّى شرطًا تجوزًا، فإن الشرط لا يكون إلَّا مستقبلًا، ويكفي في الصفة المشروطة ما يطلق عليها الاسم، نعم لو شرط حسن الخَطِّ: فإن كان غير مستحسن في العُرْف فله الخيار وإلَّا فلا؛ قاله المتولِّي. ولو شرط وضع الحمل لشهر مثلًا، أو أنها تَدُرُّ كل يوم صاعًا مثلًا لم يصح؛ لأن ذلك غير مقدور عليه فيهما وغير منضبط في الثانية، فصار كما لو شرط أن يكتب العبد كل يوم عشر ورقات مثلًا.

تنبيه: قال بعض شُرَّاحِ الكتاب: ولو أبدل المصنّف لفظ «الدابة» بـ«الحيوان» لكان أحسن ليشمل الأَمَةَ فإن حكمها كذلك، ولذلك قدّرتها في كلامه، ولعلّ هذا حمل الدابة على العرف، فإن حُملت على اللغة فهو كالتعبير بالحيوان.

(**وله الخيار**) فورًا كما قاله الرافعي (**إن أخلف**) المشروط لفوات شرطه، (**وفي قول: يبطل العقد في الدابة**) بصورتيها بالشرط لا بالخلف؛ لأنه شرط معها شيئًا مجهولًا، فأشبه ما لو قال: «بعتُكها وحملها»، وأجاب الأول: بأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد؛ لأنه داخل عند الإطلاق.

وخرج بـ «يقصد» ما لا يُقصد؛ بل هو من العيوب كالزنا والسرقة فإنه لا خيار بفواته؛ بل إن كان من البائع فهو بيانٌ للعيب، وإن كان من المشتري فهو في حكم الرضا بالعيب.

ولو شرط ثيوبتها فخرجت بكرًا فلا خيار له على الأصح، خلافًا للحاوي الصغير، ولو شرط أنه خَصِيٌّ فبان فحلًا ثبت له الخيار، قالوا: لأنه لا يدخل على الحُرَمِ، ولعل المراد به الممسوح، وإلَّا فباقي الذَّكر كالفحل في وجوب الاحتجاب منه.

(**ولو قال: بعتكها**) أي الدابة ومثلها الأَمَةُ (**وحملها**)، أو «بعتكها ولبن ضرعها»

بَطَلَ فِي الأَصَحِّ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ، وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ،

(**بطل**) البيع (**في الأصح**) لجعله الحمل أو اللبن المجهول مبيعًا[١] مع المعلوم، بخلاف بيعها بشرط كونها حاملًا أو لبونًا كما مرَّ؛ لأنه جعل ذلك وصفًا تابعًا[٢]. وبيض الطير كالحمل. والثاني: يجوز؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق فلا يضرّ التنصيص عليه؛ كما لو قال: «بعتُكَ هذا الجدار بأساسه»، وفرّق الأول: بأن الأساس داخل في مسمَّى الجدار فَذِكْرُهُ ذِكْرٌ لما دخل في اللفظ فلا يضرُّ التنصيص عليه، والحمل غير داخل في مسمَّى البهيمة، فإذا ذُكِرَ فقد ذَكَرَ شيئًا مجهولًا وباعه مع المعلوم، ودخوله تبعًا لا يستلزم دخوله في مسمَّى اللفظ. ويصح بيع الجُبَّةِ بحشوها لدخول الحشو في مسمَّى الجبة، فلا يضرّ ذكره لأنه تأكيد كما مرَّ في الأساس. ولا فرق في هذه الأمثلة بين أن يأتي بالواو أو بالباء أو «مع» كما ذكره في «المجموع» في أثناء الأمثلة وإن فرّق السبكي بين الواو والباء فقال بالبطلان في الواو وبالصحة مع الباء.

(**ولا يصح بيع الحمل وحده**) للنهي عن بيع الملاقيح، وهذه مكرّرة فإنه عَيْنُ بيع الملاقيح، وإنما ذكرها توطئة لقوله: (**ولا**) بيع (**الحامل دونه**)؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد فلا يستثنى؛ كأعضاء الحيوان[٣]، (**ولا**) بيع (**الحامل بِحُرٍّ**[٤]) إلحاقًا للاستثناء الشرعي بالاستثناء الحسّي، ولا بيع الحامل برقيقٍ لغير مالك الأمّ، فلو وكّل مالكُ

---

(١) فيلزم من ذكره توزيعُ الثمن عليهما، وهو مجهولٌ وإعطاؤه حكم المعلوم إنما هو عند كونه تابعًا لا مقصودًا كما ذكره «م ر». قال «زي»: «وهذا بخلاف بيع الجبّة وحشوها أو الجدار وأُسِّهِ؛ لدخول الحشو في مسمَّى الجبّة، والأُسِّ في مسمى الجدار؛ بخلاف الحمل».

(٢) أخذ منه بعضهم عدم الصحة لو قال: «بعتُكَهَا إن كانت حاملًا» فراجعه. «ق ل» على «الجلال».

(٣) وقد يُفرَّقُ: بأن الحمل آيلٌ إلى الانفصال، فالأَوْلَى أن يقال: هو استثناء مجهول من معلوم فيصير المبيع مجهولًا، وبهذا فارق صحة استثناء منفعة الدار المُؤجرة قبل البيع إذا باعها مسلوبة المنفعة، وثمرة الشجرة ولو غير مؤبرة، نعم يَرِدُ ما لو استثنى المنفعة في بيعها غير مؤجرة فإنه لا يصح إلا أن يقال: يصح إذا قَدَّرَ مدةً، فراجِعْهُ، وقد يقال: إن هذا مخالف لمقتضى العقد مطلقًا فيبطله مطلقًا، فراجعْهُ «ق ل» على «الجلال».

(٤) أي كأن اشتبهت أَمَةٌ على شخص بزوجته الحُرَّة فإن الولد حُرٌّ في هذا الصورة «ع ش»، وقال «زي»: «أو برقيق لغير مالكها ولو بيعت لمالك الرقيق».

وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ.

الحمل مالكَ الأمّ فباعهما دفعة لم يصح؛ لأنه لم يملك العقد بنفسه فلا يصحّ منه التوكيل فيه. فإن قيل: يشكل على عدم صحة بيع الحامل بِحُرٍّ أو برقيقٍ لغير مالك الأم صحة بيع الدور المستأجرة مع أن المنفعة لا تدخل فكأنه استثناها[١]، أجيب: بأن الحمل أَشَدُّ اتصالًا من المنفعة بدليل جواز إفرادها بالعقد بخلافه، وبأن استثناء المنفعة قد ورد في قصة جابرٍ لَمَّا باع جمله من النبي ﷺ واستثنى ظهره إلى المدينة[٢]، فيبقى ما سواه على الأصل.

(ولو باع حاملًا) حَمْلُهَا له (مطلقًا) من غير تَعَرُّضٍ لدخول أو عدمه (دخل الحمل في البيع) تبعًا لها بالإجماع. أما إذا كان حَمْلُهَا لغيره فإن البيع لا يصح كما مرَّ. ولو وضعت ولدًا ثم باعها مالكها فوضعت عند المشتري ولدًا آخر وبينه وبين الأول دون ستة أشهر ففي أواخر «النهاية» عن النصّ أنه للبائع؛ لأنه حملٌ واحدٌ، قال الإمام: «والقياس أنه للمشتري لانفصاله في ملكه»، وبهذا جزم الشيخان في باب الكتابة مستدلِّيْنَ به على نظائرها من الكتابة، وقال المتولّي في باب بيع الأصول والثمار: إنه ظاهر المذهب، فمن استثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف فقد وَهِمَ.

* * *

---

(١) لك أن تقول: إن المنفعةَ أشدُّ اتصالًا من الحمل؛ لأنه متهيِّئٌ للانفصال ولا كذلك هي، والأَوْلَى ما أجاب به الشرف المناوي: من أنه استثناء مجهول من معلوم، فيصير الكلُّ مجهولًا؛ بخلاف المنفعة فإنها استثناء معلوم من معلوم «زي»، وتقدم عن «ق ل».

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابّة إلى مكان مسمًى جاز / ٢٥٦٩/ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «أنّه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمرَّ النّبيُّ ﷺ فضربه، فدعا له فسارَ بسيرٍ ليس يسير مثله، ثمَّ قال: بِعْنِيْهِ بوقيّة. قلت: لا. ثمَّ قال: بعنيه بوقيّة. فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلمَّا قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثمَّ انصرف، فأرسل على إثري، قال: ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك، فهو مالك».
وأخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه / ٤٠٩٨/ .

٣ـ فصلٌ [فيما نُهي عنه من البيوع نهيًا لا يقتضي بُطلانها]

وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْطِلُ؛ لِرُجُوعِهِ إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ؛ كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ؛ بِأَنْ يَقْدَمَ ....

(فصلٌ) فيما نُهي عنه من البيوع نهيًا لا يقتضي بُطلانها، وفيه أيضًا ما يقتضي البطلان وغير ذلك.

وقد شرع في بيان ذلك فقال: (ومن المنهي[1] عنه ما لا يُبْطِلُ) ـ بضم الياء بضبط المصنف؛ أي مع كسر الطاء ـ أي النَّهْيُ فيه البيعَ، ويجوز فتح الطاء مع ضم الياء أيضًا وعكسه، والضميرُ للمنهي عنه، والضمير في (لرجوعه) يعود إلى النهي لدلالة «المنهيّ» عليه. (إلى معنى يقترن به) لا إلى ذاته[2]؛ لأن النهي ليس للبيع بخصوصه بل لأمر آخر. هذا هو القسم الثاني، فجميع ما فيه من الصور يصحّ فيها البيع ويحرمُ إلَّا في الصُّورتين الأخيرتين آخر الفصل، ولو قَدَّمَهُمَا عليه كان أَوْلَى.

ثم شرع في الصور التي لا يبطل البيع فيها وهي سبعة مبتدئًا بواحدة منها فقال:

[بيع الحاضر للبادي]

(كبيع حاضر لبادٍ[3]؛ بأن يَقْدَمَ) شخص ....

---

(١) أي من البيوع التي نُهي عنها نوع لا يبطل... إلى آخره، فـ«أل» موصول. ولا يخفى قصور هذه العبارة؛ لأنها لا تشمل السَّوم على السَّوم والنَّجش من كلِّ ما ليس بيعًا مع ذكره إلا أن يقال: التقدير: من المنهيِّ عنه نوع لا يبطل بالنهي، ونوع آخر غير ذلك وهو السَّوم على السَّوم والنَّجش.

(٢) أي بأن كان النهي لأمرٍ خارج؛ لأن النهيَ إن رجع لذات العقد ـ كأن فُقِدَ ركنٌ من أركانه ـ أو لازمه ـ كأن فُقِدَ شرطٌ من شروطه ـ اقتضى الفساد، وإن لم يرجع إلى ما ذكر ـ بأن كان لأمر خارج غير لازم ـ لم يقتض الفساد؛ كبيع الحاضر للبادي؛ لأن بيع الحاضر للبادي قد يؤدي للتضييق، فنهي عنه لذلك.

(٣) أي كسببِ بيع حاضرٍ لبادٍ، وهو قول: «اتركْهُ لأبيعه تدريجًا بأغلى»؛ لأن القول المذكور منهيٌّ عنه وأما البيع فجائز؛ «ع ش».

قال ابن قاضي شهبة في «نكته»: قد يقال: المنهي عنه في الحاضر للبادي والنجش والسوم ليس بيعًا، فكيف

غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ: «اتْرُكْهُ عِنْدِي . . . . .

(**غريب**[١]) أو غيره (**بمتاع تعمّ**[٢] **الحاجة**) أي حاجة أهل البلد[٣] (**إليه**) كالطعام وإن لم يُظهِرْ بَيْعُهُ سعةً في البلد لقلّته أو لعموم وجوده ورخص السعر، أو لكبر البلد؛ (**ليبيعه بسعر يومه**) أي حالًّا[٤] (**فيقول**) له شخص (**بلديّ**[٥]) أو غيره: (**اتركه**[٦] **عندي**) أو عند

= يُعَدُّ من البيوع المنهي عنها؟ ويجاب: بأنه لما تعلَّقت هذه الأمور بالبيع أطلق عليها ذلك «شوبري»، وأجاب «ع ش»: بأنها لما كانت سببًا للبيع سماها بيعًا من تسمية السبب باسم المسبب. انتهى.

(١) ويظهر أن بعض أهل البلد لو كان عنده متاع مخزون فأخرجه ليبيعه حالًا فتعرض له من يبيعه له تدريجًا بأغلى حرم للعلَّة الآتية «حج»؛ لكن كتب «الشوبري» بهامش «حج»: المعتمد عند شيخنا عدم الحرمة؛ لأن النفوس لها تشوق لما يقدم به؛ بخلاف الحاضر «ع ش» على «م ر».

(٢) أي تكثر.

(٣) أي مثلًا «م ر»، ونَبَّهَ بقوله: «مثلًا» على أن البلد ليست بقيد أيضًا، وأن جميع أهل البلد ليس بقيد، وسواء احتاجوه لأنفسهم أو دوابّهم حالًا أو مآلًا، وقد يُفهم منه أنه لو احتاجت إليه طائفة من البلد لاعتيادهم الانتفاع به دون غيرهم كان الحكم فيهم مثله في احتياج عامة أهل البلد، وهو ظاهر لما فيه من التضييق عليهم، ثم لا فرق في ذلك بين كون الطائفة من المسلمين أو غيرهم «ع ش».

(٤) يظهر أنه تصويرٌ، فلو قدم ليبيعه بعد ثلاثة أيام مثلًا فقال له: «اتركه لأبيعه لك بعد أربعة أيام» مثلًا حرم عليه ذلك للمعنى الآتي فيه، ويحتمل التقييد بما دَلَّ عليه ظاهرُ كلامهم أنه يريد بيعه بسعر الوقت الحاضر فسأله تأخيره عنه، ويوجَّهُ: بأنَّه لا يتحقق التضييق إلا حينئذٍ؛ لأن النفوسَ إنما تتشوف الشيء في أول أمره. انتهى «حج»، والأقرب الأول لظهور العلة فيه. ومثل البيع الإجارة، فلو أراد شخص أن يؤجر مَحَلًا حالًا فأرشده شخص إلى تأخير الإجارة لوقت كذا ـ كزمن النيل مثلًا ـ حرم ذلك؛ لما فيه من إيذاء المستأجر؛ «ع ش» على «م ر».

(٥) ولو استشاره البدويُّ فيما فيه حَظُّهُ وجب عليه إرشاده؛ لما فيه من النصيحة على أوجه الوجهين، وقال «الأذرعي»: «إنه الأشبه، وكلام الأصل يميل إليه». وثانيهما: لا؛ أي لا يجب إرشاده توسيعًا على الناس، ومعنى عدم وجوب إرشاده أنه يسكت لا أنه يخبره بخلاف نصيحته؛ كذا أشار إليه «م ر». وقضية عدم وجوب الإرشاد الإباحة، وقد يفهم من كلام «ع ش» حيث قال: وقال ابن الوكيل: لا يرشده توسيعًا على الناس، وامتناع الإرشاد هو الظاهر. انتهى «ع ش». وفي «ق ل» على المحلي: ولو استشاره صاحب المتاع في التأخير وجب عليه الإشارة بالنصيحة ولو بما فيه التضييق تقديمًا لها على المعتمد. انتهى. ولو تعدد القائلون معًا أو مرتّبًا أثموا كلُّهم كما هو ظاهر «برماوي».

(٦) أي «عندي» أو «عندك» أو «عند فلان» أو لم يصرح بشيء من ذلك، فيحرم للعلَّة المذكورة وهي التضييق، فتقييد الأصل بـ«عندي» جرى على الغالب. ولو قال الحاضر من غير استشارة: «بيعُكَ له على التدريج أحظ» حرم أيضًا؛ «أ ط ف».

لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى».

غيري (لأبيعه[١]) لك (على التدريج) أي شيئًا فشيئًا، (بأغلى[٢]) من بيعه حالًا، وذلك لخبر الصحيحين: «لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ»[٣]، زاد مسلم: «دَعُوا النَّاسَ[٤] يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[٥]، وقال ابن شهبة: زاد مسلم: «دَعُوا النَّاسَ فِي غَفَلَاتِهِمْ... إلى آخره»[٦]، والمعنى في التحريم التضييقُ على الناس، فإن التمسه البادي منه بأن قال له ابتداءً: «أتركه عندك لتبيعه بالتدريج»، أو انتفى عموم الحاجة إليه؛ كأن لم يحتج إليه أصلًا أو إلَّا نادرًا، أو عمّت وقصد البدوي بيعه بالتدريج فسأله الحضري أن يفوّضه

(١) أي أو «ليبيعه لك فلان»؛ بل ولو قال له: «لتبيعه أنت بعد يوم» لوجود المعنى «ح ل». وعبارة «أ ط ف»: قوله: «لأبيعه» أو «ليبيعه فلان معي أو بنظري» أو «ليبيعه فلان» فقط. وذِكْرُ البيع قيدٌ معتبر، فلو قال له: «اتركه» من غير ذكر البيع لم يحرم وإن وافقه صاحب المتاع على الترك «ع ش».

(٢) ليس بقيدٍ، وإنما قيدوا به ليكون أدعى لإجابة البادي «ح ل»، والظاهر أنه قيدٌ؛ لأنه إذا سأله الحضري أن يفوّض له بيعه بسعر يومه على التدريج لم يحمله ذلك على موافقته فلا يكون سببًا للتضييق؛ بخلاف ما إذا سأله أنه يبيعه بأغلى، فالزيادة ربما حملته على الموافقة فيؤدي للتضيق؛ «ع ش» على «م ر».

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح /٢٥٧٤/ ومسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتَّى يأذن أو يترك /٣٤٥٩/.

(٤) فإنكم إن تركتموهم باع ذو المتاع أهل السوق بيعًا مربحًا، وحينئذٍ تسلمون من الإثم، ويرزق الله بعضهم من بعض. وقوله: «يرزق الله» حالٌ؛ أي دعوا الناس في حال يرزق الله بعضهم من بعض، وعليه فـ«يرزق» مرفوع لا غير؛ لأن شرط جزمه في جواب الطلب قصد الجزاء، وهذا القصد مفسد للمعنى هنا؛ لأن الرزق من الله لا يتسبب عن ترك الناس. انتهى «شوبري». وإذا ثبت أن الرواية بالجزم فيؤوَّل بالسبب الظاهري ويكون معناه: إن تدعوهم يرزق الله بعضهم من بعض من هذه الجهة، فلا ينافي أن رزقه غير مُعلَّقٍ على شيء «ح ف». وعبارة «ع ش»: قوله: «يرزق» هو بالرفع على الاستئناف ويمنع الجزم لفساد المعنى؛ لأن التقدير إن تدعوهم يرزق الله، ومفهومه إن لم تدعوهم لا يرزق، وكلٌّ غير صحيح؛ لأن رزق الله الناسَ غير متوقف على أمر، وهذا كلُّه حيث لم تعلم الرواية، وأما إذا علمت فتتعين ويكون معناها على الجزم: إن تدعوهم يرزقهم الله من تلك الجهة، وإن منعتموهم جاز أن يرزقهم من تلك الجهة، وأن يرزقهم من غيرها.

(٥) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي /٣٨٢٦/.

(٦) لم أجده بهذا اللفظ عند مسلم، غير أنَّ الحديث السابق يغني عنه، فَلْيُنظر.

وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ؛ بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً ....

إليه، أو قصد بيعه بسعر يومه فقال له: «اتركه عندي لأبيعه» كذلك لم يحرم؛ لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك منه لما فيه من الإضرار به، ولهذا اختص الإثم بالحضري كما نقله في «زيادة الروضة» عن القفّال وأقرّه. فإن قيل: الأصح أنه يحرم على المرأة تمكين المُحْرِمِ من الوطء؛ لأنه إعانةٌ على معصية، فينبغي أن يكون هذا مثله، أجيب: بأن المعصية إنما هي في الإرشاد إلى التأخير فقط وقد انقضت، لا الإرشاد مع البيع الذي هو الإيجاب للصادر منه، وأما البيع فلا تضييق فيه لا سيّما إذا صمّم المالك على ما أشار به؛ حتى لو لم يباشره المشير عليه باشره غيره، بخلاف تمكين المرأة الحلال المحرم من الوطء، فإن المعصية بنفس الوطء.

ولو استشاره البدوي فيما فيه حَظُّهُ ففي وجوب إرشاده إلى الادّخار والبيع بالتدريج وجهان: أوجههما: يجب إرشاده كما قال الأذرعي: «إنه الأشبه»، وكلام أصل «الروضة» يميل إليه، والثاني: لا؛ توسيعًا على الناس. ولو قدم البادي يريد الشراء فتعرض له حاضر يريد أن يشتري له رخيصًا، وهو المسمَّى بالسمسار، فهل يحرم عليه كما في البيع؟ تَرَدَّدَ فيه في «المطلب»، وقال ابن يونس في «شرح الوجيز»: «هو حرام»، وينبغي ـ كما قال الأذرعي ـ الجزم به.

والحاضر: ساكن الحاضرة، وهي المدن والقرى والريف، وهي أرض فيها زرع وخصب، والبادي: ساكن البادية، وهي خلاف الحاضرة. والتعبير بـ«الحاضر» و«البادي» جرى على الغالب، والمراد أيّ شخص كان كما مرّت الإشارة إليه.

[تلقي الرُّكبان]

ثم شرع في **الصورة الثانية** فقال: **(وتلقي**[1] **الركبان؛ بأن يتلقى)** شخصٌ **(طائفةً**

(١) والتَّلقِّي ليس قيدًا، فلو كان المشتري منهم فالحكم كذلك «ح ل». وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيرًا أن بعض العُربان يقدم إلى مصر ويريد شراء شيء من الغلة، فيمنعهم حكام مصر من الدخول والشراء خوفًا من التضييق على الناس وارتفاع الأسعار، فهل يجوز الخروج لهم والبيع لهم؟ وهل يجوز لهم أيضًا الشراء من المارين عليهم قبل قدومهم إلى مصر أم لا؛ لأنهم لا يعرفون سعر مصر؟=

يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ، فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ، وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ.

يحملون متاعًا) طعامًا أو غيره (إلى البلد) مثلًا (فيشتريه) منهم[١] (قبل قدومهم[٢]) البلد (ومعرفتهم[٣] بالسعر)، فيعصي بالشراء ويصحّ وإن لم يقصد التلقّي، وذلك لقوله ﷺ: «لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ لِلبَيْعِ[٤]»[٥] رواه الشيخان، والمعنى فيه: احتمال غَبْنِهِمْ؛ سواء أخبرهم المشتري كاذبًا أم لم يخبر.

(ولهم الخيار إذا) غُبنوا، و (عرفوا الغَبْنَ[٦]) ولو قبل قدومهم؛ لما رواه البخاري:

= والظاهر الجواز فيهما؛ لانتفاء العلة فيهم؛ إذ الغالب على من يقدم أنه يعرف سعر البلدان، وأن العرب إذا أرادوا الشراء يأخذون بأكثر من سعره في البلد لاحتياجهم إليه، نعم إن منع الحاكم من البيع لهم حرم لمخالفة الحاكم، وليس ذلك من التلقي الذي الكلام فيه؛ «ع ش» على «م ر».

(١) أي ولو بصورة استفهامٍ منه فيعصي بالشراء، وقضيته أنهم لو لم يجيبوه للبيع لم يحرم عليه، وهو ظاهر «ع ش». ولو تلقاهم للبيع عليهم كان كالشراء منهم في أصح الوجهين؛ خلافًا للأذرعي شرح «م ر» و«زي». ومحلُّ حرمة ما ذكر إذا باعهم بأزيد من سعر البلد، وإلا فلا حرمة كما هو ظاهر «أ ط ف». ومعلوم أن المواضع التي جرت عادة ملاقي الحُجَّاج بالنزول فيها كالعقبة مثلًا تُعَدُّ بلد القادمين، فتحرم مجاوزتها وتلقي الحجاج للبيع عليهم والشراء منهم قبل وصولهم لما اعتيد النزول فيه؛ «ع ش» على «م ر».

(٢) صادق بما إذا لم يريدوا دخول البلد؛ بل اجتازوا بها، فيحرم الشراء منهم في حال مرورهم، وهو أحدُ احتمالين اعتمده «م ر».

(٣) أي إمكانها؛ «ح ل».

(٤) أي أو للشراء.

(٥) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل والبقر والغنم وكلَّ محفَّلة / ٢٠٤٣/ دون قوله: «للبيع».
وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه / ٣٨١٥/ بلفظ: «لا يُتَلَقَّى الرُّكبان لبيع».

(٦) أي وإن لم يدخلوا البلد، وقيل: يخيَّروا إن دخلوا البلد، قال في «الإيعاب»: «وهو أوجه ممَّا قبله»، ومتى فسخوا قبل العلم به على الأوّل أو قبل دخول البلد على الثاني لم ينفسخ، وقد يشكل عليه بيع مال مورّثه إلّا أن يجاب: بأنَّ الشروط والأركان وجدت ثَمَّ بتمامها بخلافه هنا؛ إذ شرط الفسخ العلم على الأوّل ودخولُ البلد على الثاني، والفسخ وقع قبل شرطه فلغا، وأيضًا فالغبن ليس =

وَالسَّوْمِ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ، ....

«لَا تَلَقَّوُا السِّلَعَ حَتَّى[١] يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ»[٢]، فَمَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ بِالْخِيَارِ، وهو على الفور قياسًا على خيار العيب، فإن التمسوا البيع منه ولو مع جهلهم بالسعر، أو لم يُغْبَنُوا؛ كأن اشتراه منهم بسعر البلد أو بدونه وهم عالمون فلا خيار لهم لانتفاء المعنى السابق، وكذا لا خيار لهم إذا كان التلقّي بعد دخول البلد ولو خارج السوق؛ لإمكان معرفتهم الأسعار من غير المتلقّين وإن كان ظاهر الخبر يقتضي خلافه، وبعضهم نَسَبَ لظاهر الحديث خلافَ ذلك فاحذره. ولو لم يعرفوا الغَبْنَ حتى رخص السعر وعاد إلى ما باعوا به ففي ثبوت الخيار وجهان في «البحر»؛ أوجههما: عدم ثبوته؛ كما في زوال عيب المبيع وإن قيل بالفرق بينهما.

وتلقّي الركبان للبيع منهم كالتلقّي للشراء في أحد وجهين رجَّحه الزركشي، وهو المعتمد نظرًا للمعنى وإن رجّح الأذرعي مقابله، وبعضهم نسب للأذرعي خلاف ذلك فاحذره.

و«الرُّكبان» جمع «رَاكِبٍ»، والتعبير به جرى على الغالب، والمراد القادم ولو كان واحدًا أو ماشيًا.

[السَّوم على سوم غيره]

ثم شرع في **الصورة الثالثة** فقال: (**والسَّوم على سوم غيره**)؛ لخبر: «لَا يَسُومُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»[٣]، وهو خبرٌ بمعنى ....

= مقتضيًا للفسخ وحده، وإنَّما المقتضي عدم الرضا به بعد الاطلاع عليه، ولا يتصوَّر عدم الرضا مع الجهل بالغبن، ومن ثَمَّ اتَّجه أخذًا مما قررته أنَّه لو فسخ بعيب جاهلًا بوجوده فبان موجودًا لم ينفذ فسخه لفقد بعض شروطه في باطن الأمر كظاهره؛ «إيعاب شوبري». ولو ادَّعى جهله بالخيار أو كونه على الفور وهو ممَّن يخفى عليه صدِّق وعذر كما في «م ر».

(١) «حتَّى» تعليليَّة؛ أي ليهبط بها.

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقِّي الركبان / ٢٠٥٧/ .

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق / ٢٥٧٧/ عن أبي هريرة رضي الله عنها قال: «نهى رسول الله ﷺ عن التَّلقِّي، وأن يبتاع المهاجر للأعرابيِّ، وأن تشترط =

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ.

النهي[(١)]، والمعنى فيه الإيذاء[(٢)]، وذكر «الرجل» و«الأخ» ليس للتقييد؛ بل الأول لأنه الغالب، والثاني للرأفة والعطف، فغيرهما مثلهما[(٣)] في ذلك، ولهذا قال المصنف: «والسَّوم على سوم غيره». (وإنما يحرم ذلك[(٤)] بعد استقرار الثمن) بالتراضي صريحًا[(٥)] وقبل العقد؛ كأن يقول[(٦)] شخص لمن يريد شراء شيءٍ بكذا: «لا تأخذه وأنا أبيعك[(٧)] خيرًا منه بهذا الثمن» أو «بأقلّ منه» أو «مثله بأقلّ»، أو يقول لمالكه: «لا تَبِعْهُ وأنا أشتريه منك بأكثر»، فإن لم يصرح له المالك بالإجابة؛ بأن عَرَّضَ بها أو سكت، أو

= المرأة طلاق أختها، وأن يستامَ الرَّجل على سوم أخيه، ونهى عن النَّجش، وعن التَّصرية».
وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه /٣٨١٦/ بمثل لفظ البخاريِّ رحمه الله تعالى.
وأخرجه في الحديث رقم /٣٨١٣/ عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يَسِمُ المسلم على سوم أخيه».

(١) أي لأنَّه لو كان خبرًا محضًا لَلَزِمَ الخلف في خبر الصادق؛ لما هو مشاهَدٌ من أنَّ الشخص يسوم على سوم غيره.

(٢) قال «م ر» في «شرحه»: أي وإن كان المشتري أو البائع مغبونًا، والنصيحة الواجبة تحصل بالتعريف من غير بيع.

(٣) فالذِّمِّيُّ والمعاهد والمستأمن مثل المسلم، وخرج الحربيُّ والمرتدُّ فلا يحرم، ومثلهما الزاني المحصن بعد ثبوت ذلك عليه وتارك الصلاة بعد أمر الإمام، ويحتمل أن يقال بالحرمة؛ لأنَّ لهما احترامًا في الجملة؛ «ع ش» على «م ر».

(٤) ولا بدَّ من اتفاقهما عليه صريحًا مع المواعدة على إيقاع العقد به وقت كذا، فلو اتَّفقا عليه ثمَّ افترقا من غير مواعدة لم يحرم السَّوم حينئذٍ؛ كما نقله الإمام عن الأصحاب؛ «شوبري» و«ح ف».

(٥) ففي السكوت لا يحرم كما قاله الجلال.

(٦) ومثل القول الإشارة؛ كأن يشير له بما يحمله على ذلك؛ لوجود العلَّة، ومثله أن يخرج له من جنس ما يريد شراءه وهو أرخص منه. وهذا القول حرام وإن لم يوجد ردٌّ ولا بيع للإيذاء، وصرَّح في «الزواجر» بأنَّه من الكبائر.

(٧) فإن سكت عن هذا واقتصر على قوله: «لا تأخذه»؛ قال «م ر»: «فلا حرمة؛ لأنَّه قد يكون لِغُلُوٍّ أو عيبٍ»، وإعلامه به جائز وإن لزم عليه الرَّدُّ كما في ذكر المَسَاوِئ في النكاح، وقيَّده بعضُهم بِمَ إذا كان من البائع تدليس وإلَّا فلا يجوز الإعلام؛ إذ لا يُزال الضرر بالضرر؛ «ق ل».

وَالْبَيْعِ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِيَ بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ.
وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ.

كانت الزيادة قبل استقرار الثمن، أو كان إذ ذاك ينادي عليه بطلب الزيادة لم يحرم ذلك؛ لكن يكره فيما إذا عَرَّضَ له بالإجابة.

[البيع على بيع الغير قبل لزومه]

ثم شرع في **الصورة الرابعة** فقال: (**والبيع على بيع غيره قبل لزومه**) أي البيع؛ بأن يكون في زمن خيار المجلس أو الشرط لتمكنه من الفسخ، أما بعد لزومه فلا معنى له، نعم لو اطَّلع بعد اللزوم على عيب ولم يكن التأخير مُضِرًّا ـ كأن كان في ليل ـ فالمتَّجهُ ـ كما قال الإسنوي ـ التحريم لما ذكر. (**بأن**) أَوْلَى منه «كأن» (**يأمر المشتري بالفسخ**[1] **ليبيعه مثله**) أي المبيع بأقل من هذا الثمن، أو خيرًا منه بمثل ثمنه أو أقل.

[الشراء على الشراء]

ثم شرع في **الصورة الخامسة**، فقال: (**والشراء على الشراء**) في زمن الخيار كما مرَّ؛ (**بأن**) أَوْلى منه «كأن» (**يأمر البائع بالفسخ ليشتريه**) بأكثر من ثمنه، وكلا الصُّورتين حرام ولو رأى المشتري في الأُولى والبائع في الثانية مغبونًا؛ لعموم خبر الصحيحين: «**لَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ**»[2]، زاد النسائي: «**حَتَّى يَبْتَاعَ أَوْ يَذَرَ**»[3]، وفي معناه الشراء على الشراء، والمعنى فيهما الإيذاء.

---

(١) أي وإن كان مغبونًا. والنصيحة الواجبة تحصل بالتعريف من غير بيع «م ر». وسمِّي هذا بيعًا؛ لأنَّه قد يؤدي بعد الفسخ إليه «ع ش»، فهو من إطلاق اسم المسبب على السبب، والأمر ليس بشرط؛ بل الذي عليه الأكثر أنَّ مثله أن يعرض عليه سلعةً مثلها بأرخص أو أجود منها بمثل ثمن الأولى؛ بل قال الماورديُّ: يحرم عليه طلب السِّلعة من المشتري بزيادة مع حضور البائع؛ لأنَّه يؤدِّي إلى الندم أو الفسخ. والأمر حرام وإن لم يفسخ للإيذاء؛ «برماوي» مع زيادة.

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل والبقر والغنم وكلَّ محفَّلة /٢٠٤٣/. ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه /٣٨١٥/.

(٣) أخرجه النسائيُّ في «السنن الصغرى»، كتاب البيوع، باب بيع الرجل على بيع أخيه /٤٥١٦/. قلت: الحديث صحيح الإسناد، والله تعالى أعلم.

وَالنَّجْشِ؛ بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ.

وفي معنى البيع على البيع ما نصّ عليه الشافعي من نهي الرجل أن يبيع المشتري في مجلس العقد سلعةً مثل التي اشتراها خشيةَ أن يَرُدَّ الأُولى. ومثل خيار المجلس في ذلك خيار الشرط. وألحق الماوردي بالشراء على الشراء طلب السلعة من المشتري بزيادة ربح والبائعُ حاضرٌ لأدائه إلى الفسخ أو الندم.

ثم محلّ التحريم عند عدم الإذن، فلو أذن البائع في البيع على بيعه، أو المشتري في الشراء على شرائه لم يحرم؛ لأن الحق لهما وقد أسقطاه، ولمفهوم الخبر السابق؛ هذا ـ كما قال الأذرعي ـ إن كان الآذنُ مالكًا، فإن كان وليًّا أو وصيًّا أو وكيلًا أو نحوه فلا عبرة بإذنه إن كان فيه ضرر على المالك. ولا يشترط للتحريم تحقق ما وعد به من البيع أو الشراء لوجود الإيذاء بكل تقدير؛ خلافًا لابن النقيب في اشتراطه.

تنبيه: الأمر بالفسخ وقع في كتب الشيخين وغيرهما، قال السبكي: «وليس الأمر شرطًا، والذي في كلام الأكثرين أن يعرضَ عليه سلعةً مثلها بأرخص أو أجود منها بمثل الثمن». انتهى، وقد تقدم ما يدل على ذلك.

[النجش]

ثم شرع في الصورة السادسة، فقال: **(والنجش؛ بأن يزيد[1] في الثمن)** للسلعة المعروضة للبيع **(لا لرغبة[2])** في شرائها؛ **(بل ليخدع[3] غيره)** فيشتريها؛ للنهي عنه في خبر الصحيحين[4]، والمعنى فيه الإيذاء. **(والأصح أنه لا خيار)** للمشتري

---

(١) لا يبعد أن ذكر الزيادة لأنَّه الغالب، وإلَّا فلو دفع فيها ثمنًا ابتداء لا لرغبة فيها فينبغي امتناعه، نعم ينبغي أن يُستثنى ما يسمَّى في العرف فتح الباب من عارف يرغب في فتحه؛ لأنَّه لمصلحة بيع السلعة؛ لأنَّ بيعها في العادة يحتاج فيه إلى ذلك «شوبري». ومدح السِّلعة ليرغب فيها بالكذب كالنَّجش؛ «شرح م ر»، قال «ع ش»: «وقضيَّته أنَّه لو كان صادقًا في الوصف لم يكن مثله»، وهو ظاهر؛ لأنَّ المدح لمجرده لا يحمل المالك على الامتناع من البيع بما دفع فيها أوَّلًا؛ بخلاف الزيادة؛ لأنَّ المالك إذا علم بها يمتنع في العادة من البيع بما دفِع له أوَّلًا.

(٢) أو لرغبة لكن قصد إضرار غيره؛ «ع ش».

(٣) ليس قيدًا؛ لأنَّه لو زاد لنفع البائع ولم يقصد تغرير غيره كان الحكم كذلك؛ «شرح م ر».

(٤) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل والبقر والغنم

وَبَيْعِ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ ....

لتفريطه[١] حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة. والثاني: له الخيار للتدليس؛ كالتصرية، ومحلّ الخلاف عنده مواطأة البائع للناجش وإلَّا فلا خيار جزمًا. ويجري الوجهان فيما لو قال البائع: «أُعْطِيْتُ في هذه السلعة كذا» فبان خلافه، وكذا لو أخبره عارفٌ بأن هذا عقيقٌ أو فيروزجٌ بمواطأة فاشتراه ثم بان خلافه.

تنبيه: قوله «ليخدع غيره» قد يوهم أنه لو زاد ليساوي قيمة السلعة أنه يجوز، وجرى على ذلك بعض الشُّرَّاحِ، والمتّجه التحريم لإيذاء المشتري، ولعموم قوله ﷺ: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[٢].

[حكم بيع الرُّطب والعنب لعاصر الخمر والنبيذ]

ثم شرع في الصورة السابعة، فقال: (وبيع الرطب والعنب) ونحوهما[٣] كتمر

= وكلّ محفَّلة /٢٠٤٣/ عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تلقَّوا الرُّكبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصرُّوا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النَّظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردَّها وصاعًا من تمر».

وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه /٣٨١٥/ بمثل لفظ البخاريِّ رحمه الله تعالى.

(١) أي بعدم مراجعة أهل الخبرة وتأمله، وقيل: له الخيار للتدليس كالتَّصرية، ومحلُّ الخلاف عند مواطأة البائع للناجش، وإلَّا فلا خيار جزمًا. ويجري الوجهان فيما لو قال البائع: «أعطيتُ في هذه السلعة كذا» فبان خلافه، وكذا لو أخبر عارف بأن هذا عقيقٌ أو فيروزج بمواطأة البائع فاشتراه فبان خلافه، ويفارق التصرية: بأنَّها تغرير في ذات المبيع، وهذا خارج عنه. انتهى «م ر» في «شرحه».

(٢) أخرجه مسلم، (٣/ ١١٥٧)، الحديث رقم /١٥٢٢/، والترمذيُّ في «جامعه»، (٣/ ٥١٨)، الحديث رقم /١٢٢٣/، والنسائي في «السنن الكبرى»، (٦/ ١٩)، الحديث رقم /٦٠٤٢/، وابن حبَّان في «صحيحه»، (١١/ ٣٣٨)، الحديث رقم /٤٩٦٤/.

(٣) ومع كونه حرامًا فهو صحيح، ولا يقال هو في هذه الصورة وما أشبهها عاجز عن التسليم شرعًا فلم يصحَّ البيع؛ لأنَّا نمنع ذلك: بأنَّ العجز عنه ليس لوصف لازم في المبيع؛ بل في البائع خارج عما يتعلق بالبيع وشروطه، وبه فارق البطلان الآتي في التفريق؛ لأنَّه لوصف في ذات المبيع موجود حالة العقد؛ «شرح م ر». وإنَّما أخَّر المصنف هذا هنا ولم يقدِّمه عند البيوع؛ لأنه لم يَرِدْ فيه نهي بخصوصه، فقد قال الشبكيُّ: «لم أقف على نهي فيه بخصوصه». ومن النحو بيع الأمرد لمن عرف=

لِعَاصِرِ الْخَمْرِ.

وزبيب (لعاصر الخمر) والنبيذ؛ أي لِمُتَّخذها[١] لذلك؛ بأن يعلم منه ذلك أو يظنه ظنًّا غالبًا، ومثل ذلك بيع الغلمان المُرْدِ ممن عُرف بالفجور بالغلمان، وبيع السلاح من باغٍ وقاطع طريق ونحوهما، وكذا كُلُّ تصرّف يفضي إلى معصية كما نقله في «زوائد الروضة» عن الغزالي وأقرّه، أما إذا شَكَّ فيما ذكر أو توهَّمه فالبيع مكروه.

[حكم الاحتكار]

ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس، وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة، بخلاف إمساك ما اشتراه وقت الرخص لا يحرم مطلقًا، ولا إمساك غَلَّةِ ضيعته، ولا ما اشتراه في وقت الغلاء لنفسه وعياله أو ليبيعه بمثل ما اشتراه، وفي كراهة إمساك ما فضل عن كفايته وكفاية عياله سنةً وجهان: أوجههما: عدم الكراهة؛ لكن الأَوْلَى بيعه كما صرَّح به في أصل «الروضة».

ويختصّ تحريم الاحتكار بالأقوات، ومنها الذرة والأرز والتمر والزبيب، فلا يعمّ جميع الأطعمة.

[حكم التسعير]

ويحرم التسعير[٢] ولو في وقت الغلاء؛ بأن يأمر الوالي السوقة أن لا يبيعوا أمتعتهم

= بالفجور، والجارية لمن يتَّخذها للغناء المُحرَّم، والخشب لمن يتخذه آلة لهو، وإطعام مسلم مكلَّف كافرًا مكلَّفًا في نهار رمضان، وكذا بيعه طعامًا علم أو ظنَّ أنَّه يأكله نهارًا؛ كما أفتى به والد شيخنا. ومن النحو النزول عن وظيفة لغير أهلها حيث علم أنَّه يُقَرَّرُ فيها، ومن ذلك الفراغ عن نظارة لمن علم أنَّه يستبدل بعض أماكن الوقف من غير استيفاء شروط الإبدال. انتهى «ح ل» وقرَّره «ح ف».

(١) أي ولو كافرًا لحرمة ذلك عليه وإنْ كنَّا لا نتعرَّض له بشرطه وهو عدم إظهاره. وهل يحرم بيع الزبيب لحنفيٍّ يتَّخذه مسكرًا كما هو قضية العلَّة، أو لا؛ لأنَّه يعتقد حِلَّ النبيذ بشرطه وهو عدم الإسكار؟ فيه نظر، ويتَّجه الأوَّل نظرًا لاعتقاد البائع؛ «سم» على «حج»؛ «ع ش».

(٢) أخرج أبو داود، كتاب البيوع، باب في التسعير / ٣٤٥١/ عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال: «قال النَّاس: يا رسول الله؛ غلا السِّعر؛ فسعِّر لنا. قال رسول الله ﷺ: إنَّ الله هو المسعِّر القابض الباسط الرَّازق، وإنِّي لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال». وأخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير / ١٣١٤/ قال أبو عيسى: =

وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الأُمِّ وَالْوَلَدِ حَتَّى يُمَيِّزَ، ....

إلَّا بكذا؛ للتضييق على الناس في أموالهم، وقضية كلامهم أن ذلك لا يختص بالأطعمة، وهو كذلك؛ فلو سَعَّرَ الإمام عُزِّرَ مخالفه؛ بأن باع بأزيد مما سعّر؛ لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة، وصحّ البيع؛ إذ لم يعهد الحجر على الشخص في ملكه أن يبيع بثمن معين، وظاهر كلام أصل «الروضة» أن التعزير مفرَّعٌ على تحريم التسعير، وجرى عليه ابن المقري لما مرَّ وإن خالف في ذلك ابن الرفعة وغيره، وقالوا: «إنه مفرع على جوازه».

وشرطُ التحريم في جميع المناهي علم النهي بها حتى في النجش كما نقل عن نصِّ الشافعي؛ خلافًا لما جرى عليه ابن المقري تبعًا لبحث الرافعي.

[حكم التفريق بين الأَمَةِ وابنها]

ثم شرع في **الصورتين الأخيرتين مبتدئًا بواحدة** منهما، فقال: **(ويحرم التفريق بين الأم)** الرقيقة **(والولد)** الرقيق الصغير المملوكين لواحد ببيع أو هبة أو فسخ بإقالة أو ردّ بعيب أو قسمة أو نحو ذلك، لا بعتق ووصية؛ **(حتى يميز)**، وذلك لقوله ﷺ: «مَنْ

= هذا حديث حسن صحيح.
قال المباركفوريُّ -رحمه الله تعالى-: وقد اسْتُدِلَّ بالحديث وما ورد في معناه على تحريم التسعير، وأنَّه مظلمة، ووجهه: أنَّ النَّاس مسلَّطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثَّمن أَوْلَى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مُنَافٍ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء.
وروي عن مالك أنَّه يجوز للإمام التسعير، وأحاديث الباب تردُّ عليه، وظاهر الأحاديث أنَّه لا فرق بين حالة الغلاء. ولا حالة الرخص، ولا فرق بين المجلوب وغيره، وإلى هذا مال الجمهور، وفي وجه للشافعيَّة جواز التسعير في حالة الغلاء. وظاهر الأحاديث عدم الفرق بين ما كان قوتًا للآدميِّ ولغيره من الحيوانات، وبين ما كان من غير ذلك من الإدامات وسائر الأمتعة.
قال الحافظ: إسناده على شرط مسلم، وصحَّحه أيضًا ابن حبَّان.
انظر: تحفة الأحوذيِّ بشرح جامع الترمذيِّ، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، (٤/ ٦٢٠-٦٢١) باختصارٍ.

. . . .

فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(١) رواه أبو داود وحسّنه والحاكم وصحّحه، ولقوله ﷺ: «مَلْعُونٌ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدٍ وَوَلَدِهِ»(٢) رواه أبو داود، وسواء رضيت الأم بذلك أم لا؛ رعايةً لحق الولد. وخرج بما ذكر ما لو كانا لمالكين، فيجوز لكلٍّ منهما أن يتصرف في ملكه، وما إذا كان أحدهما حرًّا فإنه يجوز لمالك الرقيق أن يتصرَّف فيه، وما إذا فرّقا بعتق أو وصية أو وقف لأن المعتِقَ محسنٌ، وكذا الواقف، والوصية لا تقتضي التفريق بوضعها، فَلَعَلَّ الموت يكون بعد زمان التحريم. قال الأذرعي: والمتّجه منع التفريق برجوع المقرض ومالك اللُّقطة دون الواهب إذا كان أصلًا؛ لأن الحق في القرض واللقطة ثابت في الذمة، فإذا تعذر الرجوع في العين رجع في غيرها، بخلافه في الهبة فإنّا لو منعناه فيها الرجوعَ لم يرجع الواهب بشيء. ويؤخذ من ذلك أن الموصي لو مات قبل تمييز الولد لم تبطل الوصية، وهو كذلك، وله القبول حينئذ، أما بعد التمييز فلا يحرم؛ لأنه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة، وخبر: «لَا يُفَرَّقُ بَيْنَ الأُمِّ وَوَلَدِهَا»، قِيلَ: إِلَى مَتَى؟ قَالَ: «حَتَّى يَبْلُغَ الغُلَامُ وَتَحِيْضَ الْجَارِيَةُ»(٣) ضعيفٌ. وظاهر كلامه الاكتفاء بالتمييز وإن حصل قبل السَّبْعِ، وعبارة «المحرر»: «إلى

---

(١) لم أجده عند أبي داود رحمه الله تعالى؛ لكن أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع /١٢٨٣/ قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب.
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٣٤/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده»، حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله تعالى عنه /٢٣٤٠٥/ بلفظ: «من فرّق بين الولد ووالده في البيع فرّق الله عزَّ وجلَّ بينه وبين أحبَّته».
والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٣٣/ بلفظ: «ملعون من فرّق».
وقال: هذا إسناد صحيح، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: صحيح.

(٣) أخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع /٣٠٣٠/، وقال: عبد الله هذا هو الواقعيُّ، وهو ضعيف الحديث؛ رماه عليُّ بن المدينيُّ بالكذب، ولم يروه عن سعيد غيره.
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٣٥/ وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وتعقّبه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: موضوع، وابن حسّان كذّاب.

وَفِي قَوْلٍ: حَتَّى يَبْلُغَ، ....

سنّ التمييز»، وعبارة الجمهور: «إلى سبع سنين»، فيجوز أن يكون إطلاقهم لذلك؛ لأنه مظنَّةُ التمييز كما في الحضانة وغيرها، ويجوز أن يعتبر هنا منع التمييز قبلها؛ ليحصل له قوة واستبدادٌ على الانفراد. انتهى، وهذا ـ كما قال الأذرعي ـ حَسَنٌ.

تنبيه: قوله: «حتى يميز» قد يفهم أنه لا يجوز التفريق بين الأم والولدِ المجنونِ البالغ، وهو كذلك كما صرّح به القاضي حسين وأتباعه؛ لكن قوله: (**وفي قول: حتى يبلغ**) يدلّ على أن المراد التمييز المتقدم على البلوغ، وإنما اعتبر هذا القول البلوغ لنقصان تمييزه قبله، ولهذا يجوز التقاطه ما لم يبلغ على الصحيح، وأفهم جواز التفريق بعده جزمًا، وهو كذلك خلافًا للإمام أحمد، وهو مكروه بعد التمييز وقبل البلوغ، وكذا بعد البلوغ لما فيه من التشويش، ويصح العقد. ويفهم من تعبيره بـ«التمييز» أن غير الآدميّ يجوز التفريق بينه وبين أمه ـ وهو المذهب ـ إن استغنى عن اللبن؛ لكن يُكره، وقيل: يحرم، ويجوز بالذبح قطعًا كما في «زيادة الروضة»، قال السبكي: ومراده ذبح الولد، أما ذبحها مع بقائه فيظهر أنه كغير الذبح، وظاهرٌ أن المراد ذبح المأكول؛ إذ غيره لا يجوز ذبحه ولا بيعه لذبحه بحال.

وأحسن ما قيل في حَدِّ التمييز أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وقيل: أن يصير بحيث يفهم الخطاب ويردّ الجواب.

ولو اجتمع الأب والأم حَرُمَ التفريق بينه وبينها وحَلَّ بينه وبين الأب، أو اجتمع الأب والجدة للأم عند فَقْدِ الأم فهما سواء، فيباع مع أيهما كان كما هو قضية كلام «الحاوي الصغير»، والجدة للأم كالأم عند عدمها لا عند وجودها على الأصح، وفي الجَدَّاتِ والأجداد للأب عند فَقْدِ الأبوين وأمّ الأمّ ثلاثة أوجه حكاها الشيخان في باب السير من غير ترجيح، ثالثها: جواز التفريق في الأجداد دون الجدات؛ لأنهم أصلح للتربية، قال الولي العراقي: «ويظهر تصحيح المنع»، وهو الذي أورده الروياني والجرجاني، وأما الجد للأمّ فقال المتولي: «إنه كالجد للأب»، وقال الماوردي: «إنه كسائر المحارم»، والأقرب ـ كما قال السبكي ـ الأوّل.

وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ بَطَلَا فِي الأَظْهَرِ.

ولا يحرم التفريق بينه وبين سائر المحارم كالأخ والعم وإن قَوَّى السبكي التحريم بينه وبينهم.

(وإذا فَرَّقَ) بين الولد بعد سقيه اللِّبَأ وبين من يمتنع التفريق بينه وبينه (**ببيع أو هبة بَطَلَا في الأظهر**)؛ لعدم القدرة على التسليم شرعًا. والثاني: لا؛ لأن النهي للإضرار لا للخلل في نفس المبيع، وعلى هذا لا نقرّهما على التفريق؛ بل إن تراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر استمر العقد وإلَّا فسخ كما قالاه، ويجري القولان في جميع أنواع التمليك. أما قبل سقيه اللِّبَأ فيبطل جزمًا. ويُستثنَى من الأول ما لو كان المبيع ممن يحكم بعتقه على المشتري، فالظاهر ـ كما قال الأذرعي وغيره ـ عدم التحريم وصحة البيع لتحصيل مصلحة الحرية، ولما مرَّ من جواز التفريق بالإعتاق.

ويحرم بيع بعض أحدهما فقط، وبيع أحدهما مع بعض الآخر، وبيع بعض كُلٍّ منهما عند عدم التساوي، فإن تساوى البعضان ـ كأن باع نصفهما معًا ـ جاز كما دلّ عليه كلام الرافعي في السير.

وألحق الغزالي التفريق بالسفر بالتفريق بالبيع، وطرده في التفريق بين الزوجة وولدها وإن كانت حُرَّةً، بخلاف المطلقة لا يحرم لإمكان صحبتها له.

ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو ملك كافرٌ صغيرًا وأبويه وهما كافران ثم أسلم الأبُ وتخلّفت الأم، فإن الولد يتبعه ويؤمر بإزالة الملك عنهما دونها؛ قاله صاحب «الاستقصاء»، وينبغي أنه لو مات الأبُ أن يُباع الولد للضرورة كما قاله بعض المتأخرين. قال الأذرعي: «ومثله لو تبع الطفل السابي في الإسلام ثم ملك أمّه الكافرة فله بيع أحدهما دون الآخر فيما يظهر». انتهى، وهذا ممنوع؛ لأن الأصحاب لم يفرقوا بين الأم المسلمة والكافرة، والتفريق وَجْهٌ حكاه الدارمي، وإنما فرّق في الصورة المتقدمة للضرورة.

تنبيه: قوله: «بَطَلَا» قال الإسنوي: كان الأحسن إسقاط الألف منه، فإن الأفصح في الضمير الواقع بعد «أو» أن يُؤتى به مفردًا، تقول: «إذا لقيت زيدًا أو عمرًا فأكرمه». وقال الولي العراقي: «والصواب حذف الألف». انتهى، والأَوْلَى ما قاله الزركشي من

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَرَبُونِ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهِبَةً.

أنه إنما ثنّى الضمير لأن «أو» للتنويع، فهو نظير قوله تعالى: ﴿إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾ [النساء: ١٣٥].

[حكم بيع العربون]

ثم شرع في **الصورة الثانية**، فقال: (**ولا يصح بيع العربون**)، وهو (**بأن يشتري**) سلعة (**ويعطيه دراهم**) مثلًا (**لتكون من الثمن إن رضي السلعة وإلَّا فهبةً**) ـ بالنصب ـ للنهي عنه؛ رواه أبو داود وغيره(١)؛ ولأن فيه شرطين فاسدين: أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد على تقدير أن لا يرضى.

تنبيه: في «العَرَبون» سِتُّ لغات: فتح العين والراء، وهي الفصيحة، وضم العين وإسكان الراء، وعُرْبان بالضم والإسكان، وإبدال العين همزة مع الثلاثة، وهو أعجمي معرّب، وأصله في اللغة التسليف والتقديم.

[انقسام البيع إلى الأحكام الخمسة]

فائدة: البيع ينقسم إلى الأحكام الخمسة: وهي الواجب والحرام والمندوب والمكروه والمباح: **فالواجب**: كبيع الوليّ مال اليتيم إذا تعين بيعه، وبيع القاضي مال المفلس بشروطه، وأما بيع الماء لمحتاجه والطعام من المضطر فالواجب فيهما التمليك لا البيع نفسه، وبعضهم أدرجهما في البيع الواجب. وأما **الحرام**: فغالب ما ذكره المصنف في هذا الفصل والذي قبله. وأما **المندوب**: فكالبيع بالمحاباة، وبيع الطعام زمن الغلاء

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه»، (٣/ ٢٨٣)، الحديث رقم (٣٥٠٢) بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع العُربان». ومالك في «الموطأ»، (٢/ ٦٠٩)، الحديث رقم /١/. قال ابن حجر رحمه الله تعالى: أخرجه مالك وأبو داود وابن ماجه عن عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدّه، وفيه راوٍ لم يُسَمَّ، سُمّيَ في رواية لابن ماجه ضعيفةٍ عبد الله بن عامر الأسلميّ، وقيل: ابن لهيعة، وهما ضعيفان، ورواه الدارقطني والخطيب في «الرواة عن مالك» من طريق الهيثم بن اليمان عنه عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن الحارث ثقة، والهيثم ضعّفه الأزدي، وقال أبو حاتم: «صدوقٌ»، وذكر الدارقطني أنه تفرّد بقوله: عن عمرو بن الحارث. انظر: تلخيص الحبير، (٣/ ٤٤ـ ٤٥)، الحديث رقم /١١٧٣/ باختصارٍ.

. . . .

ونحوه. وأما المكروه: فكبيع دُورِ مكة، والبيع ممن أكثر ماله حرام، أو فيه حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من الحرام وإلَّا فحرام، وبيع المصحف، قيل: وثمنه يقابل الدفتين؛ لأن كلام الله لا يباع، وقيل: إنه بدل أجرة نَسْخِهِ؛ حكاهما الرافعي عن الصيمري. وبيع العِيْنَةِ، وهي ـ بكسر المهملة وإسكان التحتية وبالنون ـ أن يبيعه عينًا بثمن كثير مؤجّل ويسلمها له ثم يشتريها منه بنقدٍ يسيرٍ ليبقى الكثير في ذمته. وأما المباح: فغالب البيوع.

[ما يُضمن به المقبوض بالعقد الفاسد]

فرع: المقبوض بشراء فاسد لفقد شرطٍ أو لشرطٍ فاسدٍ يضمنه المشتري ضمان الغصب؛ لأنه مخاطب كُلَّ لحظة، فإن كان تَالِفًا لزمه رد مثله إن كان مِثْلِيًّا، وأقصى قيمه إن كان متقوّمًا، وإن كان باقيًا فعليه ردّه ومؤنة الردّ، وليس له حبسه لاسترداد الثمن، ولا يتقدم به على الغرماء كالرهن الفاسد، وإن أنفق عليه لم يرجع على البائع بما أنفق ولو جهل الفساد. وإن كان المُشترى جارية ووطئها لم يُحَدَّ وإن علم الفساد؛ إلَّا إذا علمه والثمن ميتةٌ أو دمٌ أو نحو ذلك مما لا يملك به أصلًا، بخلاف ما إذا كان الثمن نحو خمر كخنزير؛ لأن الشراء به يفيد الملك عند أبي حنيفة، وحيث لا حدَّ يجب المهر، فإن كانت بكرًا فمهر بكرٍ قياسًا على النكاح الفاسد وأرشُ بكارة لإتلافها بخلافه في النكاح الفاسد؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، وأرش البكارة مضمون في صحيح البيع دون صحيح النكاح؛ لأن المشتري إذا اطّلع على عيب بعد زوال البكارة لم يكن له الردُّ بغير أرش البكارة، بخلاف ما لو طلقها بعد زوال بكارتها لا شيء عليه، ولا ينافي هذا ما قالوه في الغصب من أنه لو اشترى بكرًا مغصوبة ووطئها جاهلًا أنه يلزمه مع أرش البكارة مهرُ ثيّبٍ لوجود العقد المختلف في حصول الملك به هنا كما في النكاح الفاسد بخلافه ثَمَّ.

[حكم العقد الفاسد إذا ما حذف العاقدان المفسد له]

ولو حذف العاقدان المفسد للعقد ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحًا؛ إذ لا عبرة بالفاسد، بخلاف ما إذا ألحقا شرطًا فاسدًا أو صحيحًا في مجلس الخيار فإنه يلحق العقد؛ لأن مجلس العقد كالعقد.

٤ـ فصلٌ [في تفريق الصَّفقة وتعدُّدها]

بَاعَ خَلًّا وَخَمْرًا، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرًّا، أَوْ وَعَبْدَ غَيْرِهِ، أَوْ مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ؛ صَحَّ فِي مِلْكِهِ ....

(فصلٌ) في تفريق الصَّفقة وتعدُّدها

[أقسام تفريق الصفقة]

وتفريقها ثلاثة أقسام(١)؛ لأنَّه إما في الابتداء(٢)، أو في الدوام، أو في اختلاف الأحكام. وتأتي في كلامه على هذا الترتيب.

[القسم الأوَّل: ما كان فيه تفريق الصفقة في الابتداء]

وقد شرع في القسم الأوّل منها فقال: لو (باع(٣)) في صفقة واحدة(٤) حِلًّا وحرامًا؛ كأن باع مذكَّاةً وميتةً، أو (خلًّا وخمرًا)، أو شاة وخنزيرًا، (أو عبده وحُرًّا، أو) عبده (وعبد غيره، أو مشتركًا بغير إذن) الشريك (الآخر صحّ) البيع (في ملكه) من الخَلِّ(٥)

---

(١) وكذا تعدُّدها؛ لأنَّه إمَّا بتفصيل الثمن مع المُثْمَنِ، أو بتعدُّد البائع، أو بتعدد المشتري.

(٢) وضابطه: أن يجمع بين عينين يصحُّ البيع في إحداهما دون الأخرى. وقوله: «أو في الدوام» وضابطه: أن يجمع بين عينين تفرَّد كلٌّ منهما بالعقد وتتلف إحداهما قبل القبض. وقوله: «أو في اختلاف الأحكام» وضابطه: أن يجمع بين عقدين لازمين أو جائزين، واختلاف العقدين من جهة اشتمال كلٍّ منهما على ما لا يشتمل عليه الآخر من الأحكام وإن كان كلٌّ صحيحًا؛ «برماوي» و«ق ل».

(٣) المراد بالبيع هنا الإيجاب فقط، ويكون حينئذ من ظرفية الجزء في الكلِّ؛ لأنَّ الصفقة العقدُ المركَّبُ من الإيجاب والقبول، ولا يصحّ أن يراد بالبيع العقد؛ لأنَّه يلزم حينئذٍ ظرفيَّة الشيء في نفسه. وعبارة «ع ش»: «لو باع؛ أي ملك»، وإنَّما خص البيع لكونه موضع البحث وإلَّا فالإجارة والتزويج وغيرهما كالرهن كذلك، فإذا رهن ما يصحُّ وما لا يصحُّ صحَّ فيما يصحُّ وبطل في غيره، فإذا زوَّج بنته وبنت غيره من غير وكالة صحَّ في بنته.

(٤) أتى به بعد «صفقة» مع أنَّ التاء للوحدة؛ لدفع توهُّم إرادة الجنس؛ كـ«تمرةٌ خيرٌ من جرادة».

(٥) ومحلُّ الصحَّة فيما لو قال: «بعتك الخلَّ والخمر» أو «القنَّ والحُرَّ» أمَّا عكسه كما لو قال: «بعتك الخمر والخلَّ» أو «الحرَّ والعبد» فباطل في الكلِّ قاله الزركشيُّ؛ لأنَّ العطف على الممتنع ممتنع؛ =

فِي الأَظْهَرِ، ....

والمذكاة والشاة وعبده وحصَّته من المشترك، وبَطَلَ في غيره (في الأظهر)؛ إعطاءً لكلٍّ منهما حكمه. والثاني: يبطل فيهما، وفي علَّته وجهان: أحدهما: الجمع بين حلال وحرام؛ لقول ابن عباس: «مَا اجْتَمَعَ حَرَامٌ وَحَلَالٌ إِلَّا وَغَلَبَ الْحَرَامُ الحَلَالَ»(١)، والثاني: جهالة العوض الذي يقابل الحلال، ويُستفاد من تمثيل المصنِّفِ بالمشتَرَكِ أن العلَّة الصحيحة هي الأُولى؛ لأن الحصة من الثمن معلومة، وجرى على ذلك في «المجموع». فإن قيل: ما صحّحه المصنف تبعًا للرافعي خلاف مذهب الشافعي، فإنه إذا كان للمجتهد في المسألة قولان وعُلِمَ المتأخر منهما كان الأول مرجوعًا عنه فيكون مذهبه هو الثاني، وقد رجع الشافعي عن القول بالصحة؛ كذا ذكره الربيع(٢) في «الأم»، وعبّر بقوله: «إن البطلان هو آخر قوليه»، قال الإسنوي: «وهي دقيقة غفلوا عنها»، وقال الأذرعي: «إذا كان راوي المذهب قد شهد بذلك ففي النفس حزازةٌ من ترجيح الصحة مع ذلك»، أجيب: بأن قول الربيع: «إن البطلان آخر قوليه» يحتمل أن يكون آخرهما في الذكر لا في الفتوى، وإنما يكون المتأخر مذهب الشافعي إذا أفتى به، أما إذا ذكره في مقام الاستنباط والترجيح ولم يصرّح بالرجوع عن الأَوّل فلا، مع أن هذه

= كما لو قال: «نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي» لم تطلق لعطفها على ما لم تطلق، وردَّ الشهاب «م ر» هذا القياس: بأنَّ قياس ما هنا أن يقول: «طلقت نساء العالمين وزوجتي»، وفي هذا تطلق زوجته؛ لأنَّ العامل في الأوَّل هو العامل في الثاني، وحينئذ يصحُّ بيع الخَلِّ، وقياس ما لو قال: «نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي» أن يقال هنا: «هذا الخمر مبيع منك وهذا الخَلُّ» وفي هذه لا يصحّ البيع في الخلِّ؛ لأنَّه من عطف الجمل ولم تتم الجملة الثانية، ولا عبرة بنية تمامها وهو «طالق» في الأولى و«مبيع» في الثانية؛ «ح ل» و«ع ش» ملخَّصًا.

(١) أخرجه عبد الرزَّاق في «مصنَّفه»، (٧/ ١٩٩)، الحديث رقم / ١٢٧٧٢/ عن الثوريِّ عن جابر عن الشعبيِّ قال: قال عبد الله، ثمَّ ذكره.
قال البيهقيُّ في «سننه»: رواه جابر الجعفيُّ عن الشعبيِّ عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبيُّ عن ابن مسعود منقطع.

(٢) الربيع إذا أطلق انصرف للمراديِّ لا للجيزيِّ المتوفَّى بالجيزة في ذي الحجَّة سنة ستٍّ وخمسين ومائتين. انتهى «برماوي».

فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إِنْ جَهِلَ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيْمَتِهِمَا، . . . . .

اللفظة ـ وهي «آخر قوليه» ـ يحتمل أنها كانت «أحد قوليه» بـ«الدال» فقُصرت فقرئت بالراء.

تنبيه: قول المصنف: «بغير إذن الآخر» قال الإسنوي: «إنه يعود إلى المشترك فإنه مع الإذن يصح جزمًا، ولا يصح عوده إليه وإلى عبد الغير معًا؛ لأنه إذا أذن له وباعه ولم يفصل الثمن لم يصح للجهل به حالة العقد، وإن فصله صحّ جزمًا؛ لكن ليس مما نحن فيه لأن الكلام في الصفقة الواحدة وتلك صفقتان». وقال ابن شهبة: الظاهر عَوْدُهُ إليهما، فإنه يصدق أنه إذا أذن كان الحكم بخلاف ذلك، وهو صحيح، ومَحَلُّ القول بالصحة إذا كان كُلٌّ من مِلْكِهِ وغيره معلومًا وإلَّا فلا يصح ولو كان الجهل في غير ملكه فقط لتعذر التقسيط.

وعلى الأظهر (**فيتخيَّر المشتري إن جهل**) الحال لضرر التبعيض، وهو ـ كما في «المطلب» ـ على الفور؛ لأنه خيار نقص، فإن كان عالمًا فلا خيار له لتقصيره، (**فإن أجاز**) البيع أو كان عالمًا بالحال (**فبحصّته**) أي المملوك له (**من المسمّى**[١] **باعتبار قيمتهما**[٢])؛ لأنهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعًا، فلا يلزم المشتري في مقابلة أحدهما إلَّا قسطه.

تنبيه: ظاهر عبارة المصنّف أنا نعتبر قيمة الخمر والخنزير عند من يرى لهما قيمة، وهو احتمال للإمام صحّحه الغزالي، والصواب ـ كما صحّحه المصنّف ـ أنا نقدّر الخمر خَلًّا[٣]، والميتة مذكاةً، والخنزير شاةً، والحُرَّ رقيقًا، فإذا كانت قيمتهما

---

(١) أي إن كان الحرام مقصودًا، أمَّا لو كان غير مقصود ـ كدم ـ فيصحُّ في الخَلِّ بجميع الثمن المسمَّى، وللمشتري الخيار على المعتمد للضَّرر.

(٢) أي في غير المشترك والمثلين المُتَّفقي القيمة؛ لأنَّه لا حاجة للنظر للقيمة في هذين النوعين؛ إذ الثمن موزَّع على أجزاء المشترك والمثلين ابتداء؛ «س ل».

(٣) قال الشوبري: انظر هل المراد من أعلى الخلِّ أو أدناه أو الغالب من جنسه؟ والأقرب الأخير للعرف «ع ش». وقال في حاشيته على «م ر»: أي ولو كان المتعاقدان كافرين فلا تعتبر قيمته عندهما. وينبغي أن لا يُكتفى في التقويم إلَّا برجلين لا برجل وامرأتين، ولا بأربع نسوة؛ لأنَّ التقويم =

وَفِي قَوْلٍ: بِجَمِيعِهِ، ....

ثلاثمائة والمسمَّى مائة وخمسين وقيمة المملوك مائة فحصَّته من المسمَّى[(١)] خمسون.

(وفي قول: بجميعه)؛ لأن العقد لا يتوجه إلَّا إلى ما يجوز بَيْعُهُ فكان الآخر كالمعدوم. وعلى الأوّل لو لم يكن الحرام مقصودًا كالدم فالظاهر ـ كما قال الإسنوي ـ أنَّ الإجازة بكل الثمن كما يقتضيه كلامهم في الخلع والكتابة.

وأجمعوا على جواز تفريق الصفقة في الطلاق والعتق ونحوهما مما هو مبنيٌّ على السراية والتغليب، واتفقوا على منعه فيما إذا كان كلّ واحد قابلًا للعقد لكن امتنع لأجل الجمع؛ كنكاح الأختين، والخلاف فيما عدا ذلك، ويجري في أبواب كثيرة من

= كالولاية، وهي لا يُكتفى فيها بالنساء. انتهى. وإنَّما كان الأصحُّ تقدير الخمر بالخلِّ دون العصير؛ لأنه لا يمكن عوده عصيرًا، ويمكن عوده خلًّا، فكان التقدير به أَوْلَى. وإنَّما كان الأصحُّ في الوصية بالكلاب النظر إلى عدد الرؤوس دون القيمة؛ لأنَّه لا حاجة فيها إلى التقويم لصحَّتها بالأشياء النجسة. انتهى. وتقدير الميتة مذكَّاةً والخنزير عنزًا بقدره كبرًا أو صغرًا لا بقرة، وإنَّما لم يرجع هنا للتقويم عند من يرى له قيمة؛ لأنَّ الكافر لا يقبل خبره؛ أي ومن شأن البيع أن يكون بين المسلمين يجهلون قيمة الخمر عند أهلها «سلطان». قال في «شرح الإرشاد»: ولا ينافي هذا ما في نكاح المشرك من تقويمه عند من يرى له قيمة لظهور الفرق، فإنَّهما ثَمَّ حالة العقد كان يريان له قيمة فَعُومِلا باعتقادهما بخلافه هنا، فإن قلت: قضيَّته أنَّ العاقدين هنا لو كان ذميين قُوِّمَ عند من يرى له قيمة، قلت: يمكن أن يلتزم ذلك، ويمكن أن يجاب: بأنَّ البيع يحتاط له لكونه يفسد بفساد العوض أكثر ممَّا يحتاط للصداق؛ إذ لا يفسد بفساده. وعبارة «البرماوي» و«ق ل»: قوله: «ويقدَّر الخمر خَلًّا»؛ أي لأنَّه يؤول إليه عادةً، كذا قدَّروه هنا، وقدَّروه في الصداق عصيرًا، ولم يقدِّروه شيئًا في نكاح المشرك. وظاهر كلام الرافعيِّ اعتبار كلِّ محلٍّ بما فيه، فَلْيُنظَرْ حكمة المخالفة. وقد يقال في الحكمة: إنَّه لمَّا وقع العقد مع الخمر فاسدًا اعتبر له وقتُ صحَّةٍ وهو كونه خَلًّا أو عصيرًا، واعتبر الخَلُّ في البيع؛ لأنَّ لزومه مستقبل عن العقد، فربَّما فسخ بعده فتسقط المطالبة، فاعتبر بما يؤول إليه حال الخمر؛ بخلاف عقد النكاح، فاعتبر بوقت سابق له فيه قيمة وهو كونه عصيرًا، وأما نكاح المشرك فالعقد وقع صحيحًا بالخمر عندهم، ولمَّا امتنعت المطالبة به بعد الإسلام رجع إلى قيمته وقته؛ لأنَّ اعتبار غير وقته يؤدِّي إلى اعتبار الشيء في غير وقت صحَّته، وربَّما يقع إجحاف؛ لأنَّ قيمته عند من يراها أقلُّ غالبًا من قيمة الخلِّ والعصير، فتأمَّل ذلك فإنَّه من عثرات الأفهام المستخرج من دقائق نفائس الإلهام. انتهى.

(١) أي لأنَّ الخمسين ثلث الثمن؛ كما أن المئة ثلث القيمة.

. . . .

البياعات والإجارات والأنكحة والشهادات وغيرها، واستثنى من ذلك مسائل:

منها: إذا أجّر الراهنُ العينَ المرهونة[١] مدّة تزيد على محل الدين، فإنه يبطل في الجميع[٢] على الأصح عند الشيخين.

ومنها: ما إذا استعار شيئًا ليرهنه بدين فزاد عليه فإنه يبطل في الكل على الأصح.

وفي استثناء هاتين الصورتين ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ نظرٌ؛ لأن القاعدة في تفريق الصفقة أن يعقد على شيئين موجودين أحدهما حلّ والآخر حرام، والمنفعة شيء واحد فلا وجه فيها إلَّا القول بالصحة أو البطلان، والصحة متعذرة لعدم الإذن من جهة المرتهن، وفي الصورة الثانية تَصَرُّفٌ في ملك الغير على وجه لم يأذن له فيه فَبَطَلَ صيانةً لحق الغير.

ومنها: ما إذا فاضل في الربويات فإنه يبطل في الكُلِّ.

ومنها: ما إذا زاد في العرايا على القدر الجائز فإنه يبطل في الكلّ.

ومنها: ما لو زاد في خيار الشرط على ثلاثة أيام، فإنه إن كان في صلب العقد لم ينعقد جزمًا، أو في خيار المجلس يبطل قطعًا.

ومنها: ما إذا أوصى من لا وارث له بأكثر من الثلث فإنه يصح في الثلث قطعًا.

قال الزركشي: ومنها: ما لو قَدَّمَ الباطل؛ كأن قال: «بعتك الحُرَّ والعبد» فإنه يبطل في الكل؛ لأن العطف على الباطل باطلٌ كما قالوه فيما لو قال: «نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي» لا تطلق؛ لعطفها على من لم يطلق. انتهى، وليس هذا ـ كما قال شيخي ـ قياسه، وإنما قياسه أن يقول: «هذا الحرّ مبيعٌ منك وعبدي» فإنه لا يصح،

---

(١) أي لغير المرتهن. ومفهومه أنَّه لو آجره للمرتهن الصحَّة في الجميع، ولعلَّ وجه الصحَّة أنَّه لمَّا كانت الإجارة معه كأنَّه رضي بنقص الوثيقة على نفسه؛ لأنَّه إذا بيع عند حلول الدين يباع مسلوب المنفعة، ولاحتمال صبره بالدين إلى انقضاء مدَّة الإجارة؛ لأنَّ الحقَّ له، كاتبه «أ ط ق».

(٢) لأنه لمَّا زاد على المأذون فيه خرج عن ولاية العقد، وإنما بطل في الزائد فقط في الزيادة على عقد الهدنة على أربعة أشهر أو عشر سنين تغليبًا لحقن الدماء؛ «س ل».

وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ.

وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ بَلْ يَتَخَيَّرُ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا.

بخلاف المثال المذكور فإنه يصحّ في العبد؛ لأن العامل في الأول عامل في الثاني، وقياسه في الطلاق أن يقول: «طلقت نساء العالمين وزوجتي» فإنها تطلق في هذه الحالة.

(و) إذا لم يجب إلَّا الحصّة (لا خيار للبائع) لأنه المُفَرِّطُ حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمن ما لا يستحقه.

[القسم الثاني: ما كان فيه تفريق الصفقة في الدوام]

ثم شرع في **القسم الثاني** منها، فقال: (**ولو باع عبديه**[١]) مثلًا (**فتلف أحدهما قبل قبضه**) انفسخ البيع فيه، و (**لم ينفسخ في الآخر على المذهب**) وإن لم يقبضه؛ (**بل يتخير**) المشتري بين الفسخ والإجازة، (**فإن أجاز فبالحصة**) من المسمَّى باعتبار قيمتهما؛ لأن الثمن قد توزع عليهما في الابتداء، والقسم عليهما فلا يتغير بهلاك أحدهما. وقوله: (**قطعًا**) تبع فيه «المحرَّر»، وفي «الشرح» و«الروضة» عن أبي إسحق طرد القولين فيه؛ أحدهما: بجميع الثمن، وضُعِّفَ: بالفرق بين ما اقترن بالعقد وبين ما حدث بعد صحة العقد مع توزيع الثمن فيه عليهما ابتداء. وقضية كلامه أنه لا خيار للبائع، وهو كذلك كما صرَّح به في «المجموع»، ولكنه مُشْكل؛ لأن علة المنع فيما تقدم التفريط، وهو مفقود هنا. والطريق الثاني: ينفسخ في أحد القولين وإن قبض

---

(١) وضابط هذا القسم: أن يتلف قبل القبض بعضٌ من المبيع يقبل الإفراد بالعقد؛ أي إيراد العقد عليه وحده، ومن ذلك ما لو كان المبيع عصيرًا فتخمَّرَ بعضه، أو كان دارًا فتلف سقفها قبل قبضه، فينفسخ العقد فيه، وتستمرُّ صحَّته في الباقي بقسطه من المسمَّى إذا وُزِّعَ على قيمته وقيمة التالف. وخرج بقولنا: «يقبل الإفراد بالعقد» سقوط يد المبيع وعمى عينيه واضطراب سقف الدار ونحوها مما لا يفرد بالعقد، فلا يسقط فيه بعض الثمن؛ بل له الخيار ليرضى المبيع بكلِّ الثمن، أو يفسخ ويسترد الثمن؛ «شرح م ر».

وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَي الْحُكْمِ ـ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَوْ سَلَمٍ ـ صَحَّا فِي الأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا، . . . .

المشتري أحد العبدين ولو تلف المقبوض وغيره لم يثبت للمشتري الخيار فيما تلف في يده كما صحّحه في «المجموع»؛ بل عليه حصته من الثمن؛ لأن العقد استقر بقبضه. وفي معنى ما في المتن ما لو باع عصيرًا صار بعضه خمرًا قبل قبضه؛ قاله الدارمي.

[القسم الثالث: ما كان فيه تفريق الصفقة في اختلاف الأحكام]

ثم شرع في القسم الثالث فقال: (ولو جَمَعَ في صفقة[١] مختلفي الحكم؛ كإجارة وبيع)؛ كأن يقول: «آجرتُكَ داري شهرًا وبعتُكَ ثوبي هذا بدينار»، (أو) إجارة و (سَلَم)؛ كأن يقول: «آجرتك داري شهرًا وبعتك صاع قمح في ذمتي سَلَمًا بكذا» (صَحَّا في الأظهر، ويوزع المسمَّى على قيمتهما[٢]) أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة[٣] وقيمة المبيع أو المُسْلَمِ فيه. الاختلاف بين البيع والإجارة اشتراطُ التأقيت فيها وهو مبطل للبيع، والإجارة تنفسخ بالتلف بعد القبض دونه. والاختلاف بين الإجارة والسَّلَمِ اشتراط قبض العوض في المجلس في السَّلَمِ دونها. والثاني: يبطلان؛ لأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ والانفساخ ما يقتضي فسخ أحدهما فيُحتاج إلى التوزيع، ويلزم الجهل عند العقد بما يخصّ كلًّا منهما من العوض، وذلك محذور،

---

(١) هذا شروعٌ في تفريق الصفقة في اختلاف الأحكام، ومعنى تفريق الصَّفقة في الأحكام: أنَّ لكلٍّ من العقدين حكمًا يخصُّه، لا أنَّه يصحُّ أحدهما ويبطل الآخر، وهذا ظاهر في مختلفي الحكم، وانظر ما معنى تفريقها في مُتَّفِقَي الحكم؟

(٢) أي إن احتيج إلى التوزيع؛ بأن حصل فسخ أو انفساخ للإجارة أو البيع أو السَّلم؛ بأن تلفت العين المؤجرة أو تعيَّبت واستمر ما معها صحيحًا، أو تلف المبيع قبل قبضه أو انقطع المُسْلَمُ فيه عند حلول الأجل وبقيت الإجارة على الصحَّة، فيحتاج إلى التوزيع حينئذٍ، فإذا كانت قيمة المبيع عشر وأجرة العين المؤجرة تلك المدة خمسة، فإذا باع العبد مثلًا وآجر الدار سنة باثني عشر دينارًا، فيخصُّ العبد منها ثمانية، ويخصُّ الدار أربعة، فيكون أثلاثًا كالقيمة.

(٣) أي لا من حيث قيمة العين، وغرضه من هذا أنَّ الأجرة تسمَّى قيمة؛ إذ هي قيمة المنفعة؛ «ع ش». والأوْلَى أن يقول: «من حيث المنفعة»؛ لأنَّ الأجرة هي القيمة، فيصير المعنى: أي قيمة المؤجرة من حيث القيمة.

أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ.

وأجاب الأول: بأنه لا محذور في ذلك؛ ألا ترى أنه يجوز بيع ثوبٍ وشقصٍ من دار في صفقة وإن اختلفا في حكم الشفعة واحتيج إلى التوزيع بسببها؟

ويؤخذ مما مثّل به أن محلَّ الخلاف أن يكون العقدان لازمين، فلو جمع بين لازم وجائز ـ كبيع وجعالة ـ لم يصح قطعًا كما ذكره الرافعي في المسابقة، أو كان العقدان جائزين ـ كشركة وقراض[1] ـ صحَّ قطعًا؛ لأن العقود الجائزة بابها واسعٌ. وإنما قال: «مختلفي الحكم» ولم يقل: «عقدين مختلفي الحكم» كما عبَّر به في «المحرَّر» ليشمل بيع عبدين بشرط الخيار في أحدهما أكثر من الآخر، فإنه على القولين مع أن الحكم مختلفٌ والعقد واحدٌ.

تنبيه: المراد بالإجارة مع السَّلَم إجارةُ العين، فإنّ إجارة الذمة يشترط فيها القبض كالسَّلَمِ.

وشمل كلامه ما إذا اشتمل العقد على ما يشترط فيه التقابض وما لا يشترط؛ كصاع بُرّ وثوبٍ بصاع شعيرٍ.

(أو بيع ونكاح) ومُسْتَحِقُّ الثمن والمهر واحدٌ؛ كقوله: «زَوَّجْتُكَ بنتي وبعتُكَ عبدها» وهي في حجره، أو: «زَوَّجْتُكَ أَمَتِي وبعتُكَ ثوبي» (صحّ النكاح)؛ لأنه لا يفسد بفساد الصداق. (وفي البيع والصداق القولان) السابقان: أظهرهما: صحتهما، ويوزَّع المسمَّى على قيمة المبيع ومهر المثل. والثاني: بطلانهما، ويجب مهر المثل، والمصنف أعاد هذه المسألة في كتاب الصداق بأبسط مما ذكره هنا. أما إذا اختلف المُسْتَحِقُّ ـ كقوله: «زوجتك بنتي وبعتك عبدي بكذا» ـ فإنّ البيع لم يصح ولا الصداق؛ كما لو كان لكل منهما عبد فباعاهما بثمن واحد كما مرَّ، ويصح النكاح بمهر المثل. ولو جمع بين بيعٍ وخُلْعٍ صحَّ الخلع، وفي البيع والمسمَّى القولان.

---

(١) مثال لما إذا لم يختلف حكمهما؛ كأن خلط ألفين له بألف لغيره، وشاركه على أحدهما وقارضه على الآخر، وفيه أن هذا يتوقَّف على أنَّ سائر ما يعتبر في القراض يعتبر في الشركة، وليس كذلك، حَرِّرْهُ.

وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ؛ كَـ«بِعْتُكَ ذَا بِكَذَا، وَذَا بِكَذَا»، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ، وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الأَظْهَرِ، . . . .

تنبيه: شرط التوزيع في صورة المتن أن يكونَ حصّة النكاح مهر المثل فأكثر، فإن كان أقل وجب مهر المثل كما في «المجموع»؛ إلّا إن أذنت الرشيدة في قدر المسمّى فيعتبر التوزيع مطلقًا.

[ما تتعدَّدُ به الصفقة]

(وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن[1]) من البائع؛ (كـ«بعتُكَ ذا بكذا وذا بكذا»[2]) فيقبل فيهما[3]، سواء أفصَّل المشتري في القبول أم لا على الأصح، وله رَدُّ أحدهما بالعيب، فلو قال: «بعتك عبدي بألف وجاريتي بخمسمائة» فَقَبِلَ أحدهما بعينه لم يصحّ كما سيأتي في تعدد البائع والمشتري وإن قال القاضي: «الظاهر الصحة».

(وبتعدّد البائع)؛ كـ«بعناك هذا بكذا»؛ والمبيع مشترك بينها فيقبل فيهما، وله ردُّ نصيب أحدهما بالعيب، فلو قَبِلَ المشتري نصيب أحدهما بنصف الثمن لم يصحّ في الأصح كما قاله البغوي وتبعه الشيخان؛ لأن اللفظ يقتضي جوابهما جميعًا وإن صحّح السبكي تبعًا للمتولي الصحة.

(وكذا بتعدّد المشتري)؛ كـ«بعتُكما هذا بكذا» (في الأظهر) قياسًا على البائع.

---

(١) أي مع المُثْمَنِ كما يؤخذ من تمثيله، فخرج ما لو فصَّل الثمن فقط؛ كما لو قال: «بعتك هذا العبد بدينار وثوب» أو «بعتك هذا العبد وهذه الجارية بدينار» فلا يتعدَّد في هذا، والمراد بتفصيله ممَّن ابتدأ بالعقد لترتُّب كلام الآخر عليه. والحاصل: أنَّ التعدُّد إنَّما يكون إذا فصَّل البادِئُ من البائع والمشتري دون القابل، فإذا فصَّل الموجب وأجمل القابل كان العقد متعدِّدًا؛ حملًا للإجمال على التفصيل، ولو أجمل الموجب وفصَّل القابل لا يتعدَّد العقد؛ حملًا للتفصيل على الإجمال، هذا هو المفهوم من كلام الأصحاب وجرى عليه شيخنا كابن حجر. انتهى «ح ل». ولا يضرُّ كثرة التفصيل وإن طال بها الفصل بين الإيجاب والقبول؛ لأنَّ هذا فَصَّلَ بما يتعلَّق بالعقد، وهو ذكر المعقود عليه؛ «شرح م ر».

(٢) وليس من التعدد: «بعتك ذا وذا بعشرة من الدراهم وعشرة من الدنانير»، أو «منهما»، ولا «بعتك ذا بعشرة من الدراهم وعشرة من الدنانير». انتهى.

(٣) فلو قَبِلَ في أحدهما لم يصحَّ على الأوجه؛ لعدم مطابقة القبول للإيجاب.

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا فَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ.

والثاني: لا؛ لأن المشتري يبني على الإيجاب السابق. ولو قَبِلَ أحدهما نصفَه بنصف الثمن لم يصحَّ إن قلنا بالاتحاد، وكذا إن قلنا بالتعدّد على الأصح وإن صحّح السبكي الصحّة كما مرَّ. ومحلُّ ما ذكره المصنف في غير العرايا والشفعة، أما فيهما فتتعدد بتعدّد المشتري قطعًا، وكذا بتعدّد البائع في الأظهر عكس ما هنا.

(ولو وَكَّلَاهُ أو وَكَّلَهُمَا فالأصح اعتبار الوكيل)؛ لأنه العاقد، وأحكام العقد من الخيار وغيره تتعلق به. والثاني: اعتبار الموكِّلِ لأن الملك له، وهذا هو الأصح في أكثر نسخ «المحرّر» فأصلحه في «المنهاج»، واعتذر عنه في «الدقائق». ولم يتقدم في كلام المصنف ما يعود عليه الضمير المذكور، ومعناه: لو وكّل اثنان واحدًا أو وكّل الواحدُ اثنين. ومحلّ ما قاله في غير الرهن والشفعة، أما فيهما فالأصح اعتبار الموكِّل لا الوكيل؛ اعتبارًا باتحاد الدين[1] والملك وعدمه، فلو وكّل اثنان واحدًا[2] في رهن عبدهما عند زيد بما له عليهما من الدين ثم قَضَى أحدهما دينه انْفَكَّ نصيبه.

[حكم مبايعة من في يده حرامٌ وحلالٌ]

خاتمة: قال في «الإحياء»: «يحرم أخذ المال من السلطان إذا كان أكثر ما في بيت المال حرامًا كما هو الغالب»، قال المصنف: «وهذا شاذٌّ ليس مذهبًا؛ بل المذهب

---

(١) أي في الرهن، و«الملك» أي في الشُّفعة، فلو وكَّل واحدٌ اثنين في شراء شقص مشفوع فليس للشفيع أن يأخذ بعض المشترى نظرًا للوكيلين؛ بل يأخذ الكلَّ أو يترك الكلَّ. ولو وكَّل واحدٌ اثنين في بيع شقص مشفوع من دار فليس للشريك أن يأخذ بعض المبيع نظرًا للوكيلين؛ بل يأخذ الكلَّ أو يترك الكلَّ؛ «ح ل».

(٢) هذا التمثيل باعتبار تعدُّد الدين، ومثله باعتبار اتحاده ما لو وكَّل واحد اثنين في رهن عبده عند زيد بما له عليه من الدين، ثمَّ قضى ذلك الموكِّل بعض الدين لم ينفك بعض العبد نظرًا لاتحاد الدين، ولا ينظر لتعدُّد عاقد الرهن. ولم يُمَثِّلِ الشارح للشُّفعة، ومثالها باعتبار تعدُّد المالك: لو وكَّل اثنان واحدًا في بيع نصيبهما من الدار المشتركة بينهما وبين ثالث، فالثالث أخذ نصيب أحد المالكين دون الآخر نظرًا لتعدد المالك، ولا عبرة باتحاد البائع. ومثالها باعتبار اتحاد الملك: ما لو وكَّل واحدٌ اثنين في بيع نصيبه من الدار المشتركة، فليس للشريك أخذ بعض الحِصَّة دون بعض نظرًا لاتحاد الملك، ولا ينظر لتعدد العاقد؛ بل يترك جميع الحصَّة المبيعة أو يأخذ جميعها؛ فتأمَّل.

. . . .

الكراهة». انتهى؛ أي بل الممنوع أن يتحقق أن ما أخذه من الحرام كما مرَّت الإشارة إليه، ومن ذلك مبايعة من في يده الحلال والحرام؛ كالظَّلَمَةِ والمكّاسين والمنجّمين والذي يضرب بالشعير[1] والحصى والرمل، فكل ما يأخذه هؤلاء بهذا الفعل حرام.

ولو نُهِبَ متاعٌ مخصوصٌ ووُجِدَ من ذلك النوع شيئًا يباع واحتُمل أن يكون من المنهوب فالوَرَعُ تَرْكُهُ. والورعُ لمن اشترى شيئًا للأكل أو غيره أن يشتريه بثمن في ذمته فإنه يملكه قطعًا؛ بخلاف ما اشتراه بالعين فإنه لا يقطع بأنه ملكه، وقد يقال في الأول: يحتمل أن لا يكون ملكًا للبائع فلا يملكه المشتري.

* * *

(١) في نسخة البابي الحلبي: «بالنفير»، وما أثبتُّه هو الموافق لِمَا في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، (٤/ ٣٢٣).

٥ـ باب الخيار

. . . .

باب الخيار

لما فرغ المصنّف من صحة العقد وفساده شرع في لزومه(١) وجوازه. و«الخيارُ»: هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه. والأصلُ في البيع اللزوم(٢)؛ لأن القصد منه(٣) نقل المِلْكِ، وقضية الملك التصرّف، وكلاهما فرع اللزوم؛ إلَّا أن الشارع أثبت فيه الخيار(٤) رفقًا بالمتعاقدين.

[أنواع الخيار]

وهو نوعان: خيار تَشَهٍّ(٥)، وخيار نقيصةٍ(٦).

---

(١) والحاصل أنَّ البيع ينحصر في خمسة أطراف: الطرف الأوَّل: في صحَّته وفساده. الطرف الثاني: في جوازه ولزومه. الطرف الثالث: في حكمه قبل القبض وبعده. الطرف الرابع: في ألفاظ تتأثَّر بالقرائن. الطرف الخامس: في التحالف ومعاملة الرقيق؛ «زيادي». وقوله: «تتأثر بالقرائن» أي وتستتبع غير مسمَّاها؛ كـ«بعتك الأرض» فإنه يدخل ما فيها من الشجر، إذ مسمَّى الشجر غير مسمَّى الأرض.

(٢) أي وضعه اللزوم؛ بدليل قوله: «إلَّا أنَّ الشارع أثبت فيه الخيار رفقًا بالمتعاقدين»؛ أي فالخيار عارض؛ لكن خيار المجلس صار كاللازم بدليل بطلان العقد بنفيه.

(٣) أي شرعًا وعقلًا. وقوله: «التَّصرف» أي حِلُّ التصرف. وقوله: «وكلاهما فرع اللزوم» أي عقلًا. وفي كون نقل الملك فرع اللزوم نظر؛ لأنَّه يوجد مع ثبوت الخيار للمشتري؛ إلَّا أن يقال: المراد نقل الملك التَّامّ؛ أي الذي لا فسخ بعده؛ كما قرَّره العشماويُّ.

(٤) استثناء من قوله: «الأصل في البيع اللزوم»، فجاء الشرع مخالفًا لمقتضى العقل.

(٥) من إضافة المسبَّبِ للسبب؛ أي خيار سببه الشَّهوة والخيرة، وهذا ظاهر في خيار الشرط، أمَّا خيار المجلس فيثبت قهرًا، ويجاب: بأنَّ المراد ما يثبت أصله بالشهوة وهو خيار الشرط، أو دوامه واستمراره في خيار المجلس فإنَّه باختيارهما، أو أنَّ الموصوف بالشهوة هو أثره من الفسخ والإجازة، وهذا التقدير يجري في قوله: «ما يتعاطاه. . . إلى آخره».

(٦) أي عيبٍ.

يَثْبُتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ؛ كَالصَّرْفِ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ بِطَعَامٍ، وَالسَّلَمِ، وَالتَّوْلِيَةِ، وَالتَّشْرِيكِ، وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ.

فخيار التشهّي: ما يتعاطاه المتعاقدان[١] باختيارهما[٢] وشهوتهما من غير توقّف على فوات أمرٍ في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط.

وخيار النقيصة: سببه خلف لفظيّ أو تغرير فعليّ أو قضاء عرفيّ، فمنه خيار العيب والتصرية والخلف وتلقّي الركبان ونحو ذلك.

[مطلبٌ في خيار المجلس وما يثبت فيه]

وقد شرع في سبب الأوّل من النوع الأوّل فقال: (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع)؛ لما روى الشيخان أنه ﷺ قال: «البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ: اخْتَرْ»[٣]، قال في «المجموع»: وقوله: «أو يَقُولَ» منصوب بـ«أو» بتقدير «إلّا أن» أو «إلى أن»، ولو كان معطوفًا لجزمه فقال: أو «يَقُلْ».

وبيّن أنواع البيع بقوله: (كالصرف، وبيع الطعام بطعام، والسَّلَمِ، والتولية، والتشريك، وصلح المعاوضة)؛ لظاهر الخبر السابق[٤]؛ لأن اسم البيع يشمل الكل. وخرج بـ«صلح المعاوضة» صلح الحطيطة[٥] فلا خيار فيه؛ لأنه إن ورد على دين فإبراءٌ أو على عين فهبةٌ ولا خيار فيهما؛ لكنه يتناول الصلح على المنفعة، ولا خيار فيه على

---

(١) أي يتعاطيا نفسه، وأثره كخيار الشرط، ويتعاطيا أثره في خيار المجلس.

(٢) كيف هذا مع أنَّ خيار المجلس يثبت قهرًا؛ حتَّى لو نفياه بطل العقد؟ وأجيب: بأنَّ معنى كونه باختيارهما أن استمراره باختيارهما، أو أنَّ أثره من الفسخ والإجازة باختيارهما، ويدلُّ عليه قول الشارح: «ما يتعاطاه... إلى آخره».

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع / ٢٠٠٣/ بلفظ الترجمة.

وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين / ١٥٣١/ بلفظ: «البيِّعان كلُّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلّا بيع الخيار».

(٤) انظر الحديث السابق مع ألفاظه.

(٥) وهو الصلح من الشيء على بعضه دينًا كان أو عينًا، فهو في الأوّل إبراء، وفي الثّاني هبة بلا ثواب، وهذا خرج بقوله: «معاوضة».

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ

الأصح لأنه إجارةٌ، وقد ذكر بعد ذلك أنه لا خيار فيها، ويتناول الصلح عن دم العمد، ولا خيار فيه كما قاله القاضي حسين؛ قال الأذرعي: «ولم أرَ ما يخالفه». ويثبت أيضًا في عقدٍ تولَّى الأبُ طرفيه؛ لأنه أُقيم مقام شخصين في صحة العقد فكذا في الخيار، ولفظ الخبر ورد على الغالب.

ويستثنى من قوله: «في أنواع البيع» صورٌ لا خيار فيها:

منها: الحوالة، فإنها وإن جُعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات، وربما يقال: إن كلام المصنف في بيع الأعيان فلا تُستثنَى هذه الصورة؛ لأنها بيع دين بدين.

ومنها: شراء العبد نفسَهُ؛ لأن مقصوده العتق كالكتابة كما رجّحه في «الشرح الصغير» و«المجموع»، وهذا هو المعتمد وإن قال الزركشي: هذا بالنسبة للعبد فقط؛ لأنه من جهة السيد بيع، ومن جهة العبد يشبه الفداء؛ كما لو أقرّ بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه.

ومنها: قِسْمَتَا الإفراز والتعديل؛ سواء أجريتا بإجبار أم بتراضٍ إذا قلنا: «إنهما في حالة التراضي بيع»؛ لأنه لو امتنع منهما الشريك أُجبر عليهما، والإجبار ينافي الخيار، وهذا هو المعتمد وإن قال الأذرعي: «الذي جزم به القاضي أبو الطيب وغيره ثبوت الخيار»، أما قسمة الرَّدِّ ففيها الخيار لأنه لا إجبار فيها.

ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو في شِدَّةِ الحَرِّ بحيث ينماع بها. واستشكل ابن عبد السلام ثبوت الخيار في الصرف؛ لأن القصد به تروّي العاقد في اختيار الأفضل له، والمماثلة شرط في الربوي، فالأمران مستويان، فإذا قطع بانتفاء العلّة كيف يثبت الخيار؟ وما قاله لا يتأتى في بيع الربوي بغير جنسه؛ بل فيما بيع بجنسه، ولعلَّه مراده؛ بدليل قوله: «والمماثلة شرط»؛ بل الخيار ليس محصورًا فيما ذكر؛ لأنه قد يكون لخلف أو غيره.

(ولو اشترى من يعتق عليه) من أصوله أو فروعه بُني الخيار فيه على خلاف المِلك، **(فإن قلنا: «الملك في زمن الخيار للبائع»)** على مرجوح **(أو «موقوف»)** على الأظهر

فَلَهُمَا الْخِيَارُ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمُشْتَرِي تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ.

وَلَا خِيَارَ فِي الإِبْرَاءِ، وَالنِّكَاحِ، وَالْهِبَةِ بِلَا ثَوَابٍ، وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ وَالشُّفْعَةُ.

(فلهما الخيار)؛ لوجود المقتضى بلا مانع. (وإن قلنا:) الملك (للمشتري) على مرجوح (تخيّر البائع دونه)، أما تخيّر البائع فلما مرَّ، وأما عدم تخيّر المشتري فلأن مقتضى ملكه له أن لا يتمكن من إزالة الملك، ولا يحكم بعتقه على كُلِّ قولٍ حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من حين الشراء.

ولو شرط نفي خيار المجلس لم يصحّ البيع؛ لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط أن لا يُسَلِّم المبيع، فإذا قال لعبده مثلًا: «إذا بعتك فأنت حُرٌّ» فباعه بشرط نفي خيار المجلس لم يعتق لعدم صحة البيع، بخلاف ما إذا لم يشرطه فإنه يعتق؛ لأن عتق البائع في زمن الخيار نافذ.

[ما لا يثبت فيه خيار المجلس]

(ولا خيار في الإبراء، والنكاح[١]، والهبة بلا ثواب)، وهي التي صرّح بنفي الثواب عنها أو أطلق وقلنا: «لا يقتضيه» وهو الراجح؛ لأن اسم البيع لا يصدق على شيء من هذه الثلاثة. ولا خيار أيضًا في الوقف والعتق والطلاق، وكذا العقود الجائزة من الطرفين؛ كالقراض والشركة والوكالة، أو من أحدهما؛ كالكتابة والرهن.

(وكذا) الهبة (ذات الثواب) لا يثبت الخيار فيها في الأصح، وعلّلاه: بأنها لا تسمَّى بيعًا؛ كذا قالاه هنا، وقالا في باب الهبة: «الأصح أنها بيع فيثبت فيها الخيار»، وعَدَّهُ في «المهمات» تناقضًا، وحَمَلَ بعضهم ما هنا على القول بأنها هبة وإن قُيّدت بثواب معلوم، وما هناك على القول بأن المقيدة بثواب معلوم بيعٌ، ويؤيده تعليلهم هنا: بأنها لا تسمَّى بيعًا، والصواب ـ كما قال الأذرعي ـ ما هناك وهو مقابل الأصح هنا، فقد جزم به القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد وغيرهم.

(و) كذا (الشفعة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح؛ لأن الخيار يثبت فيما ملك

---

(١) أي لأنه عقد معاوضة غير محضة.

وَالإِجَارَةُ وَالْمُسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الأَصَحِّ.

وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ؛ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ، ....

بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما أخذ بالقهر والإجبار، ومقابل الأصح: ثبوتُهُ؛ لأن الأخذ بها ملحق بالمعاوضات بدليل الرَّدِّ بالعيب، وصحّح هذا الرافعي في «الشرحين»، واستدرك عليه في «الروضة» وصحّح الأول ونقله عن الأكثرين.

(و) كذا (الإجارة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح؛ لأنها عقد غررٍ إذ هو عقد على معدوم، والخيارُ غررٌ، فلا يُضَمُّ غررٌ إلى غررٍ. ومقابل الأصح: يثبت فيها الخيار؛ لأنها معاوضة، قال القفال وطائفة: ومحلّ الخلاف في إجارة العين، أما إجارة الذمة فيثبت فيها الخيار قطعًا كالسَّلَمِ، والمعتمد الإطلاق، ويُفَرَّقُ بينها وبين السَّلَمِ: بأنها لا تسمَّى بيعًا، والمعتمد في الخيار اسم البيع وبأن المنفعة فيه أقوى. وقيل: يثبت أيضًا في الإجارة المقدرة بمدَّةٍ، وصحّحه المصنف في «تصحيح التنبيه»، والمشهور خلافه.

(و) كذا (المساقاة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح؛ كالإجارة حكمًا وتعليلًا. (و) كذا (الصداق) لا يثبت فيه الخيار. وقوله: (في الأصح) راجع للمسائل الخمس كما تقرّر، ووجه عدم إثباته في الصداق أن المال تَبَعٌ في النكاح لا مقصود، ووجه إثباته أنه مستقِلٌّ. ومثل الصداق عوض الخلع.

[ما ينقطع به خيار المجلس]

(وينقطع) خيار المجلس (بالتخاير) من العاقدين؛ (بأن يختارا لزومه[1]) أي العقد بهذا اللفظ؛ كقولهما: «تخايرنا» أو «اخترنا»، أو غيره كقولهما: «أمضينا العقد» أو

(١) أي صريحًا كما في الأمثلة التي ذكرها الشارح، أو ضمنًا بأن يتبايعا العوضين بعد قبضهما في المجلس؛ إذ ذاك متضمِّن للرضا بلزوم الأوَّل، فلا تَرِدُ هذه الصورة على مفهوم كلام المصنف؛ «شرح م ر». وقوله: «بأن يتبايعا العوضين» قضيَّتُه أنَّه لا ينقطع بتبايع أحد العوضين؛ كأن أخذ البائع المبيع من المشتري بغير الثمن الذي قبضه منه، وقد مرَّ أن تصرُّف أحد العاقدين مع الآخر إجازةٌ، وذلك يقتضي عدم الخيار بما ذكر، فلعلَّ قوله: «العوضين» مجرَّد تصوير؛ «ع ش» على «م ر».

فَلَوِ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلاخَرِ، وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا، فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا، . . . .

«ألزمناه» أو «أجزناه» أو «أبطلنا الخيار» أو «أفسدناه»؛ لأنه حَقُّهما فيسقط بإسقاطهما كخيار الشرط.

(فلو اختار أحدهما) لزومه (سقط حقّه) من الخيار (وبقي) الحَقُّ فيه (للآخر) كخيار الشرط، وقيل: لا يبقى لأن خيار المجلس لا يتبعّض في الثبوت فلا يتبعّض في السقوط. لكن على الأول لو كان المبيع ممن يعتق على المشتري واختار البائع سَقَطَ خيار المشتري أيضًا للحكم بعتق المبيع؛ قاله شيخنا في «شرح بهجته».

ولو قال أحدهما لصاحبه: «اخْتَرْ» انقطع خيار القائل ولو لم يختر صاحبه؛ لتضمّنه الرضا باللزوم. واحترز المصنف بـ«اختيار أحدهما اللزوم» عن اختياره الفسخ، فإنه ينفسخ العقد وإن اختار الآخر اللزوم؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكّن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها. وتبايعهما في العوضين ولو ربويين بعد قبضهما بيعًا ثانيًا إجازة للأول؛ لأنه رِضًا بلزومه، ويصحّ الثاني ويثبت فيه الخيار. ولو أجازا في الربويّ قبل التقابض بطل وإن تقابضا قبل التفرّق على المعتمد كما تقدّم في بابه.

(و) يبطل أيضًا خيار المجلس (بالتفرّق ببدنهما[١]) عن مجلس العقد؛ للخبر السابق[٢]. (فلو طال مكثهما أو قاما وتماشيا مَنَازِلَ دام خيارهما) وإن زادت المدة[٣]

---

(١) ولو ناسيًا أو جاهلًا، وخرج بـ«فرقة البدن» فرقة الروح والعقل، فإنَّه لا يسقط الخيار بهما؛ بل يخلف العاقد وليُّه أو وارثه، وخرج بذلك بناءُ حائلٍ بينهما ولو بإذنهما أو فعلهما، فلا يبطل الخيار به. وقال «ع ش»: قوله: «بفرقة بدن» أي فلا يختصُّ انقطاع الخيار في هذه بالمفارقه؛ بخلافه فيما قبلها. ولو كان العاقد متولي الطرفين انقطع الخيار بمفارقة مجلس العقد؛ «شرح م ر». ولو تناديا من بُعْدٍ ببيعٍ ثبت الخيار لهما، وامتدَّ ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عُدَّ تفرُّقًا بطل خيارهما ولو بقصد كلٍّ منهما جهة صاحبه؛ خلافًا لابن الرفعة؛ «شرح م ر».

(٢) انظر الحديث السابق مع ألفاظه.

(٣) ولو سنين.

. . . .

على ثلاثة أيام أو أعرضا عمّا يتعلق بالعقد؛ حتى لو تبايع شخصان ملتصقان دام خيارهما ما لم يختارا أو أحدهما، بخلاف الأب إذا باع لابنه أو اشترى منه وفارق المجلس انقطع الخيار؛ لأنه شخصٌ واحدٌ لكن أُقيم مقام اثنين، بخلاف الملتصقين فإنهما شخصان حقيقةً؛ بدليل أنهما يحجبان الأُمَّ من الثلث إلى السدس.

ويحصل التفرّق بأن يفارق أحدهما الآخر من المجلس ولو ناسيًا أو جاهلًا وإن استمرّ الآخر فيه؛ لأن التفرّق لا يتبعَّض بخلاف التخاير، وكان ابن عمر[١] راوي الخبر: «إِذَا ابْتَاعَ شَيْئًا فَارَقَ صَاحِبَهُ»[٢]؛ رواه البخاري، وروى مسلم: «قَامَ يَمْشِي هُنَيْهَةً ثُمَّ رَجَعَ»[٣]. فإن قيل: قضية ذلك حِلُّ الفراق خشية أن يستقيله صاحبه، وقد قال ﷺ كما رواه الترمذي وحسّنه: «البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[٤]، أجيب: بأن الحِلَّ في الخبر محمولٌ على الإباحة المستوية الطرفين. ولو حُمِلَ أحد العاقدين فَأُخرج من المجلس مكرهًا بغير حق لم ينقطع خياره لأنه لم يفعل شيئًا، وكذا لا ينقطع خياره إذا أُكره على الخروج ولو لم يُسَدَّ فَمُهُ؛ لأن فعل المُكْرَهِ كلا فعلٍ والسكوت عن الفسخ لا يقطع الخيار كما في المجلس. فإن قيل: قد مرَّ أن الناسي والجاهل ينقطع خيارهما مع تسويتهما للمكره في أبواب كثيرة، أجيب بنسبتهما للتقصير هنا بخلاف المُكْرَهِ. فإن فارقه الإكراه في مجلس فله الخيار فيه حتى يفارقه، أو مارًّا فحتّى يفارق مكانه الذي انقطع فيه الإكراه، وأما صاحبه فإن لم يخرج معه انقطع خياره إلّا إن منع من الخروج

---

(١) فيه رَدٌّ على من زعم نسخه لعمل أهل المدينة بخلافه؛ لأنَّ جُلَّ عملهم لا يثبت به نسخ كما مرَّ في الأصول؛ خصوصًا وابن عمر من أجلِّهم كان يعمل به؛ أي لأنَّهم مجتهدون، ونسخ النَّصِّ لا يحصل بالاجتهاد، وإنَّما ينسخه نَصٌّ آخر.

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار / ٢٠٠١/ .

(٣) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين / ٣٨٥٦/ بلفظ: قال نافع: «فكان إذا بايع رجلًا فأراد أن لا يقيله قام فمشى هنيَّةً، ثمَّ رجع إليه».

(٤) أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيِّعين بالخيار ما لم يتفرَّقا / ١٢٤٧/ قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ.

معه. ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر بَطَلَ خياره كخيار الهارب ولو لم يتمكَّن من أن يتبعه؛ لتمكّنه من الفسخ بالقول، ولأن الهارب فارق مختارًا بخلاف المكرَهِ فإنه لا فعل له، وقضية التعليل الأوّل أنه لو لم يتمكن من الفسخ بالقول بقي خياره حتى يتمكن منه. فإن قيل: قياس ما قالوه في الأيمان أنه لو حلف لا يفارق غريمَهُ ففارقه غريمُهُ لم يحنث وإن أمكنه متابعته أن يكون الحكم هنا كذلك، أجيب: بأن الحكم هنا مَنُوطٌ بالتفرّق وهو يحصل بوجود الفرقة من كل منهما، وهناك منوط بالمفارقة من الحالف، نعم لو قال: «والله لا نفترق» كان الحكم كما هنا، أما إذا تبعه فالخيار باقٍ ما لم يتباعدا كما حكاه في «المجموع» عن المتولّي وأقرّه، ويُبَيِّنُ هذا التباعد قولُ «البسيط»: «إن لحقه قبل انتهائه إلى مسافة يحصل بمثلها المفارقة عادةً فالخيار باقٍ وإلَّا فلا أثر للحوقه»، ويحمل على هذا أيضًا ما نقله في «الكفاية» عن القاضي من ضبطه بفوق ما بين الصَّفَّيْنِ، فالمراد من هذه العبارات واحد.

[المعتبر في التفرُّق]

(ويعتبر في التفرّق العرف)، فما يعدّه الناس تفرّقًا يلزم به العقد وما لا فلا؛ لأن ما ليس له حَدٌّ شرعًا ولا لغةً يُرجع فيه إلى العُرْف، فإن كانا[١] في دار كبيرة[٢] فبالخروج من البيت إلى الصحن[٣]، أو من الصحن إلى الصُّفَّة[٤] أو البيت، وإن كانا في سوق أو صحراء أو في بيت متفاحش السّعَةِ فبأن يولي أحدهما الآخر ظهره[٥] ويمشي قليلًا[٦] ولو لم يبعد عن سماع خطابه، وإن كانا في سفينة[٧] أو دار صغيرة أو

(١) تفريع على قوله: «ويعتبر في التفرّق العرف».

(٢) ومثلها السّفينة الكبيرة.

(٣) «الصحن» كناية عن قعر الدار.

(٤) الصُفَّة: كناية على مصطبةٍ عالية في الدار.

(٥) ومثل ذلك ما إذا رجع القهقرى، فقوله: «بأن يولّي.... إلى آخره» ليس بقيدٍ، وهو جري على الغالب.

(٦) أي بقدر ما بين الصَّفَّينِ في الصلاة، وهو ثلاثة أذرع كما نقله «ح ل» عن «الأنوار»، ومثله «م ر» و«ق ل» على «الجلال».

(٧) أي صغيرة؛ بأن تَنْجَرَّ بجرّه عادة؛ لأنّ الكبيرة كالدار الكبيرة. فقوله «صغيرة» راجع لكلٍّ من السفينة والدار.

وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ جُنَّ فَالأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ.

مسجد صغير فبخروج أحدهما منه أو صعوده السطح. ولا يحصل التفرّق بإقامة ستر ولو ببناء جدارٍ بينهما؛ لأن المجلس باقٍ، وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أن يبنياه أو يُبْنَى بأمرهما، وهو كذلك كما صحّحه والد الروياني واعتمده شيخي وإن جزم الغزالي بالحصول، وقال الأذرعي: «وهو المتّجه». ولو تناديا بالبيع من بُعْدٍ ثبت لهما الخيار وامتدّ ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن فارقه[١] ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عُدَّ تفرّقًا بطل خيارهما، وقول ابن الرفعة: «هذا إذا لم يقصد جهة الآخر وإلّا فالذي يظهر القطع بدوام الخيار» ليس بظاهرٍ. وتقدم في أوائل البيع حكم ما لو تبايعا بالمكاتبة.

[انتقال خيار المجلس إلى الوارث والولي ونحوهما]

(ولو مات) أحدهما[٢] (في المجلس أو جُنَّ) أو أغمي عليه (فالأصح انتقاله) أي الخيار في المسألة الأولى (إلى الوارث[٣]) ولو عامًّا[٤]، (و) في الثانية[٥] والثالثة إلى (الولي) من حاكم أو غيره، وإلى الموكل عند موت الوكيل، وإلى السيد عند موت المكاتَبِ أو المأذون له كخيار الشرط والعيب سواء فيه عقد الربا وغيره. فإن كان الوارث طفلًا أو مجنونًا أو محجورًا عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل عنه ما فيه المصلحة من فسخ وإجازة. وعجز المكاتب كموته كما في «المجموع». ثم إن كان من

(١) أي ولو إلى جهة صاحبه على المعتمد؛ «م د».

(٢) محترز قوله: «ببدنهما».

(٣) أي وإن تعدَّد، فيثبت لكلٍّ منهم، ولا يبطل خيار أحدٍ منهم إلّا بمفارقة جميعهم مجلس العلم بالموت، ولو فسخ بعضهم وأجاز الباقون قُدِّم الفسخ «سم»؛ أي لأنَّ الخيار إنَّما شرع للتَّمكُّن من الفسخ، وظاهره أنه يقدَّم الفسخ ولو كان البعض الفاسخ أقلَّ من المجيز ولو واحدًا، فتأمَّل.

(٤) وهو الإمام.

(٥) ظاهره أنَّه لا تنتظر إفاقته وإن لم تطل مدَّته ولم ييأس من إفاقته «م د»؛ لكنَّ المعتمد في صورة الإغماء أنَّه لا ينتقل إلى الوليِّ أو غيره إلَّا إن طالت المدَّة أو أيس من إفاقته، فإن قصرت المدَّة ـ بأن كانت ثلاثة أيام ـ انتظرتْ إفاقته، ولا ينتقل الخيار إلى الوليِّ. قال الحلبيُّ: «ولو أفاق المجنون أو المغمى عليه في أثناء المجلس عاد له الخيار».

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ ....

ذكر في المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتدّ إلى أن يتفرقا أو يتخايرا، وإن كان غائبًا ووصله الخبر امتدَّ خياره إلى أن يفارق مجلس الخبر؛ لأنه خليفة مورثه. والثاني: يسقط الخيار؛ لأن مفارقة الحياة أَوْلَى به من مفارقة المكان، وفي معناها مفارقة العقل. وعلى الأول لو ورثه جماعةٌ حضورٌ في مجلس العقد لم ينقطع خيارهم بفراق بعضهم له بل يمتدّ حتى يفارقوه كلهم؛ لأنهم كالمورِّثِ وهو لا ينقطع خياره إلَّا بمفارقة جميع بدنه، أو غائبون عن المجلس ثبت لهم الخيار وإن لم يجتمعوا في مجلسٍ واحدٍ كما في بعض نسخ «الروض» وهي المعتمدة، وفي بعضها: إذا اجتمعوا في مجلس واحد. ويثبت الخيار للعاقد الباقي ما دام في مجلس العقد سواء أكان الوارث الغائب واحدًا أم متعددًا. ولو فارق أحدهما مجلسه دون الآخر لم ينقطع خيار الآخر خلافًا لبعض المتأخرين، وينفسخ العقد بفسخ بعضهم في نصيبه أو في الجميع ولو أجاز الباقون؛ كما لو فسخ المورِّثُ في البعض وأجاز في البعض، ولا يتبعض الفسخ للإضرار بالحيّ. فإن قيل: لو مات مورِّثُهم ثم اطّلعوا على عيب بالمبيع فَفَسَخَ بعضُهم لا ينفسخ في شيء منه؛ لأن الوارث قائم مقام مورثه وهو ليس له الفسخ في البعض، فَهَلَّا كان الحكم هنا كذلك؟ أجيب: بأن للضرر ثَمَّ جابرًا وهو الأرش ولا جابرَ له هنا. ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه نفذ ذلك؛ بناءً على أن من باع مال مورِّثه ظانًّا حياته أنه يصح وإن قال الإمام: «الوجه نفوذ فسخه دون إجازته».

ولو خرس أحد العاقدين ولم تُفهم إشارته ولا كتابة له نصب الحاكم نائبًا عنه كما لو جُنَّ وإن أمكنت الإجازة منه بالتفرّق، وليس هو محجورًا عليه وإنما الحاكم ناب عنه فيما تعذر منه بالقول، أما إذا فُهمت إشارته أو كان له كتابةٌ فهو على خياره. ولو اشترى الوليُّ لطفله شيئًا فبلغ رشيدًا قبل التفرّق لم ينتقل إليه الخيار كما في «البحر»، ويبقى للولي على الأَوْجَهِ من وجهين حكاهما في «البحر» وأجراهما في خيار الشرط.

[تنازع العاقدين في التفرق والفسخ]

(ولو تنازعا في التفرّق)؛ بأن جاءا معًا وقال أحدهما: «تفرقنا» وأنكر الآخر وأراد

أَوِ الْفَسْخِ قَبْلَهُ صُدِّقَ النَّافِي.

الفسخ، (أو) في (الفسخ قبله) أي التفرّق؛ بأن اتفقا على حصول التفرّق وقال أحدهما: «فسخته قبله» وأنكر الآخر (صُدِّقَ النافي[١]) بيمينه؛ لأن الأصل[٢] دوام الاجتماع وعدم الفسخ. ولو اتفقا على عدم التفرّق وادَّعى أحدهما الفسخ فدعواه الفسخ فسخٌ.

ثم شرع في السبب الثاني من النوع الأول مترجمًا له بـ«فصل»، فقال:

---

(١) وفائدة تصديقه في الأولى بقاء الخيار له وليس لمدَّعي الفرقة الفسخ، ولو اتَّفقا على الفسخ والتفرّق واختلفا في السابق منهما فكما في الرجعة؛ أي فيصدَّق مدَّعي التأخير؛ «ق ل»، وعبارة «ع ن»: فلو اتّفقا على الفسخ والتفرّق واختلفا في السابق قدِّم من سبق بدعوى الفسخ، وإن سبق بدعوى التفرّق أو تساويا في دعوى الفسخ والتفرّق صدِّق النافي للفسخ. انتهى.

(٢) ولا نظر للظاهر إذا طالت المدّة.

٦ـ فصلٌ [في خيار الشَّرط]

لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ ....

(فصلٌ) في خيار الشَّرط

(لهما[١]) أي لِكُلٍّ من المتعاقدين[٢] (ولأحدهما شرط الخيار) على الآخر المُدَّةَ الآتية مع موافقة الآخر بالإجماع، نعم إن استعقب المِلك العتق؛ كأن اشترى من يعتق

---

(١) أي المتعاقدين؛ أي أو أحدهما مع موافقة الآخر له. وأمَّا إذا قال أحدهما: «بشرط الخيار»، فقال الآخر: «لا أشترط الخيار أصلًا» فلا يصح العقد إذا كان ذلك في صُلب العقد.

(٢) بأن يتلفظ كلٌّ منهما بالشرط، ولأحدهما؛ بأن يتلفظ هو به إذا كان هو المتبدئ بالايجاب أو القبول، ويوافقه الآخر من غير تلفُّظ به، وحينئذٍ فلا اعتراض على قوله: «ولأحدهما»؛ بل ولا يُستغنى عنه خلافًا لمن زعمه. أمَّا إذا شرط المتأخِّر قبوله أو إيجابه فيبطل العقد لعدم المطابقة؛ «شرح م ر»، وعبارة «ق ل» على «الجلال»: قوله: «ولأحدهما» هو بيانٌ لمن يقع منه الشرط، فلا يصحُّ وقوعه من أجنبيّ لهما أو لأحدهما، ومعنى وقوعه منهما أن يتلفَّظا به؛ كأن يقول المبتدئ منهما: «بعتُكَ كذا بكذا بشرط الخيار لي ثلاثة أيام»، فيقول: «اشتريت بذلك بشرط الخيار لك ثلاثة أيام»، ومعنى وقوعه من أحدهما أن يتلفظ به المبتدئ منهما، ولا بدَّ من موافقة الآخر عليه ولو بالسكوت؛ كأن يقول: «بعتك كذا بكذا بشرط الخيار لي» مثلًا، فيقول: «اشتريته على ذلك» فلا اعتراض ولا إشكال. وأمَّا المشروط له فيجوز أن يكون هما أو أحدهما معيَّنًا أو أجنبيًا، كذلك فلا بُدَّ من تعيين المشروط له الخيار ليخرج ما لو قال: «بشرط الخيار لأحدنا» مثلًا فلا يكفي ويفسد العقد؛ كما لو سكت عنه الأوَّل وشرطه الثاني أو شرطه الأوَّل ونفاه الثاني. ولو قال: «بشرط الخيار يومًا» ولم يقل: «لنا» ولا «لي» مثلًا فهو لهما، وقيل: للقائل فقط. والحاصل: أنَّ الخيار إمَّا أن يكون لهما أو للبائع أو للمشتري، وموقع الأثر إمَّا أن يكون كُلٌّ منهما أو البائع أو المشتري أو الأجنبيُّ، فهي أربعة تضرب في ثلاثة تبلغ اثنتي عشرة صورةً كما قاله الشرنبلاليّ، وإذا زيد على ذلك الأجنبيَّ في الأوَّل كانت أربعة مضروبة في أربعة. والحاصل من كلام الأصحاب وقرَّره «م ر» وغيره: أن الذي يشترط له الخيار هو الذي يوقع الأثر سواء كان البائع أو المشتري أو هما أو الأجنبي، وهو المعتمد، وما ذكره الشارح من شرط الخيار لواحدٍ وإيقاع الأثر لآخر طريقة له وليس في «شرح م ر» ولا في «شرح ابن حجر».

. . . .

عليه وشرط الخيار له وحده لم يَجُزْ لعتقه عليه، فيلزم من ثبوت الخيار عدم ثبوته. ويجوز التفاضل فيه؛ كأن يشرط لأحدهما خيار يومٍ وللآخر خيار يومين أو ثلاثة. ولو شرط خيارَ يوم فمات أحدهما في أثنائه فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر جاز.

قال الروياني: «ويجوز للعاقدِ لنفسِهِ شرطه لأجنبي أو العبد المبيع؛ لأن الحاجة تدعو لذلك لكونه أَعْرَفَ بالمبيع، ولا يثبت مع شرطه للأجنبي أو العبد المبيع للشَّارط اقتصارًا على الشرط»، قال الزركشي: «والأقرب اشتراط بلوغ الأجنبي لا رشده»، وإذا مات الأجنبي ثبت الخيار للشارط.

ولو شرط الوكيل في البيع أو الشراء الخيار للموكل أو لنفسه ولو بلا إذن صحَّ؛ لأنه لا يضر موكله، وليس لوكيل أحد العاقدين أن يشرطه للآخر، فإن فعل بطل العقد، وله شرطه لأجنبي بإذن موكله. ولا يتجاوز الخيار من شرط له، فلو شرط للوكيل لم يثبت للموكل وبالعكس. فإن أذن له موكِّله وأطلق بأن لم يقل: «لي» ولا «لك» فاشترطه الوكيل وأطلق ثبت له دون الموكل؛ لأن معظم أحكام العقد تتعلّق به وحده، ولا يلزم العقد برضا الموكل؛ لأن الخيارَ مَنُوطٌ برضا وكيله. ولو باع مسلمٌ عبدًا مسلمًا لمسلمٍ وجعل الخيار لكافر، أو باع حلالٌ لحلالٍ صيدًا وجعل الخيار لمُحْرِمٍ صحَّ فيهما كما قاله الروياني خلافًا لوالده؛ إذ لا ملك ولا ولاية. وحيث ثبت للوكيل الخيار لا يفعل إلَّا ما فيه حَظُّ الموكل لأنه مؤتمن؛ بخلاف الأجنبيّ المشروط له الخيار لا يلزمه رعاية الحظ. ولا يبطل البيع بعزل الموكِّلِ وكيلَهُ في زمن خيار المجلس، ولا بموت الوكيل ولا الموكل في المجلس وإن خالف في ذلك الروياني.

تنبيه: قول المصنّف: «لهما ولأحدهما شرط الخيار» يوهم جوازَ انفراد أحدهما بالشرط، وليس مرادًا؛ بل لا بدّ من اجتماعهما عليه، ولذلك قلت: «مع موافقة الآخر».

ولم يُرِدِ المصنف بيان الشارط لوضوحه كما قاله الإسنوي فإنه لا يكون إلَّا منهما، وإنما أراد بيان المشروط له؛ لكن عبارته لا توفي بمقصوده، فلو قال: «يجوز شرطهما

فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ؛ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ.

الخيار لهما ولأحدهما» لأفاد مقصوده، ولكن يمكن رَدُّ عبارته إلى الصواب ـ كما قاله الوليّ العراقي ـ بأن لا يجعل قوله: «لهما ولأحدهما» خبرًا عن قوله: «شرط الخيار» وإنما هو متعلِّق بـ«الخيار» والخبر قوله: (في أنواع البيع) أي شرط الخيار الكائن لهما أو لأحدهما ثابت في أنواع البيع، ومع ذلك فعبارته توهم أنه لا يجوز شرطه لأجنبي، وتُوهِمُ جوازَ اشتراط وكيل البائع الخيار للمشتري، وجوازَ اشتراط وكيل المشتري الخيارَ للبائع، وليس مرادًا كما عُلم مما تقرر. وعُلم من تقييده بـ«البيع» أنه لا يشرع في غيره كالفسوخ والعتق والإبراء والنكاح والإجارة وهو كذلك.

(إلَّا أن يُشترط القبض في المجلس؛ كربويٍّ وسَلَمٍ)، فلا يجوز شرط الخيار فيه لأحد؛ لأنه لا يحتمل التأجيل، والخيار أعظم غررًا منه لأنه مانع من الملك أو من لزومه.

تنبيه: إنما ذكر المصنف مثالين لِيُنَبِّهَ على أنه لا فرق بين ما يُشترط فيه القبض من الجانبين كالربويّ أو من أحدهما فقط كالسَّلم.

وأورد على حصره فيما ذكر مسائل:

منها: البيع الضمني.

ومنها: الحوالة إذا جعلناها بيعًا.

ومنها: ما إذا اشترى من يعتق عليه كما مرَّ.

ومنها: المُصراة، فإنه لا يجوز شرط خيار الثلاث فيها للبائع؛ لأنه يمنع من الحلب وتركُ الحلبِ يضرُّ بالبهيمة، قال الأذرعي: «ويجب طرده في كل حَلُوبٍ وإن لم تكن مصراة؛ إذ تَرْكُها ثلاثًا بلا حَلْبٍ يضرها بلا شك وإن كانت المصراة أشد ضررًا»، فإن قيل: لك أن تقول ما المانع من حلب البائع لها إذا كان الخيار له؛ لأن الملك له حينئذ، واللبنُ في زمن الخيار لمن له الملك؟ أجيب: بأن اللَّبَنَ الموجود حال البيع مبيعٌ، فهو كالحمل الموجود عند البيع، فيمتنع على البائع الحلب لذلك، والبائعُ إنما يملك لو تمّ البيع للبن الحادث بعد العقد كالولد الحادث بعده.

وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، . . . .

ومنها: ما إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار ثم فسخ ثم باعه وشرط الخيار وفسخ وهكذا، فإن الحاكم يُلْزِمُهُ أن يبيع بيعًا باتًّا كما قاله المتولّي، وقضيته جواز الخيار للكافر في العبد المسلم ابتداءً، وهو ما نقله في «المجموع» عن القاضي حسين وأقرّه.

فإن قيل: قد أتى المصنف بالكاف في قوله: «كربويّ وسَلَمٍ» فيقتضي أنّ لنا غيرهما يُشترط فيه قبض العوض في المجلس ولم يوجد، أجيب: بالمنع، فإن الإجارة على عمل في الذمة يشترط قبض الأجرة فيها في المجلس.

[مُدَّة خيار الشرط]

(وإنما يجوز) شرط الخيار (في مدة معلومة) متصّلة بالعقد المشروط فيه الخيار، متوالية[1]، (لا تزيد على ثلاثة أيام)؛ لأن الأصل امتناعه لكونه مخالفًا لوضع البيع، فإنه يَمنع نقل الملك أو لزومه، وثبت في الثلاث بما رُوي في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما: أَنَّ رَجُلًا مِنَ الأَنْصَارِ كَانَ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَشَكَا إِلَى رَسُوْلِ الله ﷺ، فَقَالَ لَهُ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ»[2]، وفي رواية: «فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ»[3]، و«الخِلابة» بكسر الخاء

---

(١) قد يغني عنه قوله: «متّصلة»؛ إذ يلزم من اتّصال المدّة المشروطة تواليها، وإلَّا فالاتّصال لبعضها، ولعلّ الغرض من ذكره دفع توهُّم أنّ المراد بالاتّصال ما يشمل اتصال بعضها، ولعلّ هذا هو الحكمة في عدم بيان محترزه «شوبري». وعبارة «ح ل» قوله: «متصلة بالشرط» أي ابتداء لا دومًا، ومن ثمّ احتاج إلى قوله: «متوالية».

(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الخصومات، باب من ردَّ أمر السَّفيه والضَّعيف العقل / ٢٢٨٣/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع / ٣٨٦٠/ .

(٣) أخرجه ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله / ٢٣٥٥/ ، قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: في إسناده محمَّد بن إسحاق، وهو مدلِّس، وقد عنعنه. انتهى قول البوصيريِّ رحمه الله تعالى.

قلت: لكن صرَّح محمَّد بن إسحاق بالتحديث في الحديث الذي أخرجه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام / ١٠٤٥٩/ . =

. . . .

المعجمة وبالباء الموحَّدة، ومعناه: «لا غبن ولا خديعة»، فثبت خيار المشتري بالنصّ، وأُلحق به البائع بالقياس عليه، فبقي ما زاد على الأصل. وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثًا، فإذا كانا عَالِمَيْنِ بمدلولها كان كالتصريح باشتراط الخيار، وإن كانا جَاهِلَيْنِ به أو أحدهما لم يثبت الخيار، وفي «مصنَّف عبد الرزاق» عن أنس: أن رجلًا اشترى من رجل بعيرًا واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع، وقال: «الخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ»[١]، ولأن الحاجة تندفع بها غالبًا، فلو زاد عليها بطل العقد، ولا يُخَرَّجُ على تفريق الصفقة لوجود الشرط الفاسد وهو مبطل للعقد؛ لأن الشرط يتضمن غالبًا زيادةً في الثمن أو محاباةً، فإذا سقطت انجرّت الجهالة إلى الثمن بسبب ما يُقابل الشرطَ الفاسدَ فيفسد البيع، فلهذا لم يَصِحَّ الشرط في الثلاث ويبطل ما زاد عليها؛ وقد نبهت على استثناء ذلك في الكلام على تفريق الصفقة. فإن شرط الثلاث من الغَدِ أو فرّقها لم يصح العقد؛ لأن العقد إذا لزم لا يصير بعد ذلك جائزًا.

ويدخل في الأيام المشروطة ما اشتملت عليه من الليالي للضرورة[٢] كما في

= قال صاحب عون المعبود رحمه الله تعالى: وقد زاد البيهقيُّ بإسناد حسن: «ثمَّ أنت بالخيار في كلِّ سلعة ابتعتها ثلاث ليال».

انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يقول عند البيع لا خلابة، (٩/ ٢٠١).

(١) لم أجده في «مصنَّف» عبد الرزاق رحمه الله تعالى؛ لكن ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب خيار المجلس والشرط، (٣/ ٥٤).

قلت: قال الزيلعيُّ في «نصب الراية»: وذكره عبد الحقِّ في «أحكامه» من جهة عبد الرزَّاق، وأعلَّه بأبان بن أبي عيَّاش، وقال: إنَّه لا يحتجُّ بحديثه مع أنَّه كان رجلًا صالحًا.

انظر: نصب الراية، كتاب البيوع، باب خيار الشرط، (٩/ ٣٠).

(٢) **وعبارة «ق ل» على «الجلال»: قوله: «للضرورة» هو أي دخول الليالي؛ حيث كانت الليالي داخلة في المدة، وإلا فلو شرطا وقت الفجر الخيارَ يومًا لم تدخل الليلة التي بعده، أو يومين لم تدخله الليلة الثانية، أو ثلاثة لم تدخل الليلة الثالثة، فإن شرط دخول واحدة منها بطل العقد، وفارق دخولها في مسح الخُفِّ. . . إلى آخره.**

وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ، وَقِيْلَ: مِنَ التَّفَرُّقِ.

وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ إنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، . . . .

«المجموع»، ومقتضى هذه العلّة ـ كما قاله الإسنوي ـ أنه لو عقد وقت الفجر لا يثبت الخيار في الليلة الثالثة بخلاف نظيره من مسح الخفّ، وعلى هذا لو باع نصف النهار بشرط الخيار يومًا ثبت إلى نصف اليوم الثاني. ويدخل الليل في حكم النهار للضرورة كما قاله المتولّي وغيره.

(وتحسب) المدة المشروطة (من) حين (العقد) الواقع فيه الشرط؛ كالأجل فإنّ ابتداءه من العقد لا من التفرّق؛ لأنه لو اعتبر من التفرّق لصار أول مدة الخيار مجهولة؛ لأنه لا يعلم متى يفترقان. (وقيل:) تُحسب (من التفرّق) أو التخاير، ونسبه الماوردي إلى الجمهور؛ لأن الظاهر أن الشارط يقصد بالشرط زيادة على ما يفيده المجلس، وعُورِضَ: بأن التفرّق مجهول كما تقدم، واعتباره يؤدّي إلى جهالةِ ابتداءِ المدة. ولو شرط الخيار بعد العقد في المجلس وقلنا بثبوته وهو الأصحّ فالحكم على الثاني لا يختلف، وعلى الأول تحسب من الشرط لا من العقد، فلو قال المصنف: «من الشرط» بدلًا عن «العقد» لدخلت هذه الصورة. ولو انقضت المدة المشروطة وهما في المجلس بقي خياره فقط، وإن تفرّقا والمدة باقية فبالعكس، ويجوز إسقاط الخيارين أو أحدهما فإن أطلقا الإسقاط سقطا.

ولأحد العاقدين الفسخ في غيبة صاحبه وبلا إذن حاكم؛ لأنه فَسْخٌ متفق على ثبوته بخلاف الفسخ بالعُنَّةِ، ويسنُّ ـ كما قال الخوارزمي ـ أن يُشْهِدَ حتى لا يؤدّي إلى النزاع.

[ملك المبيع في مدّة الخيار]

(والأظهر) في خيار المجلس أو الشرط (أنه إن كان الخيار) المشروط (للبائع فملك المبيع) مع توابعه كَلَبَنٍ ومهرٍ وثمر وكسب ونفوذ عتق وحلّ وَطْءٍ في مدة الخيار (له، وإن كان للمشتري فله) أي المِلك؛ لأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفًا في المبيع، ونفوذ التصرّف دليل على الملك. (وإن كان) الخيار (لهما فموقوف)

فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ.

أي الملك؛ لأنه ليس أحد الجانبين أَوْلَى من الآخر فتوقَّفنا.

(فإن تمّ البيع بان أنه) أي الملك فيما ذكر **(للمشتري من حين العقد وإلَّا فللبائع)** وكأنه لم يخرج عن ملكه. والثاني: المِلك للمشتري مطلقًا لتمام البيع له بالإيجاب والقبول، والثالث: للبائع مطلقًا. والخلاف جارٍ في خيار المجلس كما مرَّ وكونه لأحدهما بأن يختار الآخر لزوم العقد. وحيث حكم بملك المبيع لأحدهما حكم بملك الثمن للآخر، وحيث وُقِفَ وُقِفَ ملك الثمن.

ولو شرط الخيار لأجنبيّ؛ قال ابن النقيب: «لم أَرَ من تعرّض لمن ملك المبيع» وذكر فيه خلافًا، ونازعه الوليّ العراقي، وحاصله: أنه إن كان الأجنبيّ من جهة أحدهما فملك المبيع له، وإن كان من جهتهما فموقوف.

ولو اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط لأحدهما فهل يغلب الأول فيكون الملك موقوفًا، أو الثاني فيكون لذلك الأحد؟ الظاهر ـ وهو ما اقتضاه كلامهم كما قال شيخنا ـ الأوّلُ؛ لأن خيار المجلس ـ كما قال الشيخان ـ أسرع وأَوْلَى ثبوتًا من خيار الشرط لأنه أقصر غالبًا؛ خلافًا للزركشي في قوله: «الظاهر الثاني» معلِّلًا له: بأن خيار الشرط ثابت بالإجماع، ومثل ذلك ما لو كان خيار المجلس لواحدٍ بأن ألزم البيع من الآخر وخيار الشرط للآخر.

والحَمْلُ الموجودُ عند البيع مبيعٌ كالأمِّ فيقابله قسط من الثمن لا كالزوائد الحاصلة في زمن الخيار؛ بخلاف ما إذا حدث في زمن الخيار فإنه من الزوائد. ومتى وَطِىءَ الأَمَةَ المبيعة مَنِ انفرد بالخيار حَلَّ له لنفوذ تصرّفه فيها، فإن قيل: حِلُّ وَطْءِ المشتري متوقفٌ على الاستبراء وهو غير معتدّ به في زمن الخيار على الأصح، أجيب: بأن المراد بِحِلِّ الوطء حِلُّهُ المستند للملك لا للاستبراء ونحوه كحيض وإحرام؛ على أنه قد لا يجب الاستبراء؛ بأن يشتري زوجته فلا يحرم وَطْؤُها في زمن الخيار من حيث الاستبراء. ولو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم طلقها في زمنه: فإن كان الخيار للبائع وقع لبقاء الملك له، وكذا يقع إن كان الخيار لهما وفُسِخَ البيعُ لتبيُّن بقاء الملك له،

وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا؛ كَـ«فَسَخْتُ الْبَيْعَ»، وَ«رَفَعْتُهُ»، وَ«اسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ»، وَفِي الإِجَازَةِ: «أَجَزْتُهُ» وَ«أَمْضَيْتُهُ».

وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ، ....

لا إن تَمَّ لتبيُّن أنها ملك المشتري، وإن كان الخيار للمشتري وتمّ البيع لم يقع لأنها ملكه، وإن فسخ فوجهان مبنيّان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله، والأصح الأول فلا يقع، ويحرم وطؤها في زمن الخيار إذا كان له وحدَهُ؛ لجهالة جهة المبيح له؛ لأنه لا يدري أيطأ بالملك أو بالزوجية؛ وإذا اختلفت الجهة وجب التوقف احتياطًا للبضع، أما إذا كان الخيار للبائع أو لهما فيجوز الوطء بالزوجية لبقائها.

[ما يحصل به فسخ العقد وإجازته في زمن الخيار]

(**ويحصل الفسخ**) للعقد (**والإجازة**) له في زمن الخيار (**بلفظ يدلّ عليهما**) ففي الفسخ (**كـ«فسخت البيع» و«رفعته» و«استرجعت المبيع»**) و«رددت الثمن»، (**وفي الإجازة: «أجزته»**) أي البيع، (**و«أمضيته»**) و«ألزمته» ونحو ذلك، وهذه الألفاظ صرائح، ويحصلان بالكناية أيضًا. قال في «المجموع»: والفسخ بالخيار هل يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ فيه الخلاف الآتي في الفسخ بالعيب، والأصحّ فيه الثاني ومرّت الإشارة إليه.

(**ووطء البائع**) الأَمَةَ المبيعة (**وإعتاقه**) الرقيق المبيع في زمن الخيار المشروط له أو لهما (**فسخ**) للبيع؛ أي متضمنٌ له، أما الإعتاق فلتضمُّنه الفسخ، وأما الوطء فلإشعاره باختيار الإمساك. فإن قيل: قياس ذلك أن الرجعة تحصل بالوطء، أجيب: بأن الرجعة لتدارُك النكاح، وابتداؤه لا يحصل بالفعل فكذا تداركه، والفسخ هنا لتدارك الملك، وابتداؤه يحصل بالقول والفعل كالسَّبْيِ والاحتطاب فكذا تداركه. ومقدماتُ الجماع - كاللمس بشهوة والقبلة - ليست فسخًا؛ كاستخدامه الرقيق وركوبه الدابة وإن قال في «المطلب»: «الأشبه أنها فسخ». ولا حَدَّ على من وطىء منهما مطلقًا.

وينفذ استيلاد البائع إن كان الخيار له أو لهما، فإن وطئها المشتري بلا إذنٍ والخيار للبائع دونه لزمه المهرُ وإن تمّ البيع؛ لأنه وطىء أَمَةَ غيره بشبهة، وكذا يلزمه المهر إن

وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الأَصَحِّ، وَالأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ، . . . .

كان الخيار لهما ولم يتمَّ البيع بأن فسخ لا إن تمّ؛ بناءً على أن الملك موقوف فيهما، والولد الحاصل منه حُرٌّ نسيب في الأحوال كُلِّهَا للشبهة، وحيث يلزمه المهر لا يثبت استيلاده وإن ملك الأَمَةَ بعد الوطء؛ لانتفاء ملكه لها حين العلوق، ويلزمه قيمة الولد للبائع؛ لأنه فوت عليه رِقَّه. وإن وطئها البائع والخيار للمشتري دونه فكما لو وطىء المشتري والخيار للبائع دونه في المهر والاستيلاد والقيمة.

وقول البائع في زمن الخيار للمشتري: «لا أبيع حتى تزيد في الثمن» أو «تعجله» وقد عُقِدَ بمؤجل فامتنع المشتري فسخٌ، وكذا قول المشتري: «لا أشتري حتى تنقص من الثمن» أو «تؤجله» وقد عقد بِحَالٍّ فامتنع البائع.

(وكذا بيعه) المبيع (وإجارته) ووقفه (وتزويجه) ورهنه المقبوض وهِبَتُهُ المقبوضة فسخٌ (في الأصح)؛ لإشعاره بعدم البقاء عليه، وصحَّ ذلك منه أيضًا، وتقدم أنه لا يجوز له الوطء إلَّا إذا كان الخيار له. والثاني: لا يُكتفى في الفسخ بذلك؛ لأن الأصل بقاء العقد فيستصحب إلى أن يُوجد الفسخ صريحًا، وإنما جعل العتق فسخًا لقوَّته.

(والأصحُّ أن هذه التصرفات) الوطء وما بعده (من المشتري) في زمن الخيار المشروط له أو لهما (إجازةٌ) للشراء؛ لإشعارها بالبقاء عليه. والثاني: لا يُكتفى في الإجازة بذلك. وعُلم مما مرَّ أن وطأه حلال إن كان الخيار له وإلَّا فحرام، وقول الإسنوي: «إنه حلال إن أذن له البائع» مبنيٌّ على أن مجرد الإذن في التصرّف إجازة والمنقولُ خلافه. ويستثنى الوطءُ من الخنثى والوطء له فليس فسخًا ولا إجازة، فإن اختار الموطوء في الثانية الأنوثة بعد الوطء تعلّق الحكم بالوطء السابق؛ ذكره في «المجموع»، وقياسه: أنه لو اختار الواطِىءُ في الأُولى الذكورةَ بعده تعلّق الحكم بالوطء السابق، والظاهر ـ كما قال الأذرعي ـ أن محلّ كون الوطء فسخًا أو إجازة إذا علم الواطىء أو ظنَّ أن الموطوءة هي المبيعة ولم يقصد بوطئه الزنا؛ لاعتقاده ذلك.

وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

والإعتاق نافذ منه إذا كان الخيار له، وإن كان لهما أو للبائع: فإن أذن فيه البائع نفذ وكان إجازة من البائع أيضًا، وإن لم يأذن فموقوفٌ فيما إذا كان لهما، فإن تمّ البيع نفذ وإلّا فلا، وغير نافذ فيما إذا كان الخيار للبائع وإن تمّ البيع. والبقية صحيحة إن كان الخيار له، وكذا إن كان لهما أو للبائع وأذن له البائع أو باع للبائع نفسه وإلّا فغير صحيحة، وعلى هذا التفصيل يحمل قول الشارح: «إنها غير صحيحة».

(و) الأصح (أن العرض) للمبيع في زمن الخيار (على البيع والتوكيل فيه) والهبة والرهن إذا لم يتصل بهما قبضٌ (ليس فسخًا من البائع ولا إجازة من المشتري)؛ لعدم إشعارها من البائع بعدم البقاء عليه، ومن المشتري بالبقاء عليه؛ لأنه قد يقصد أن يستبين ما يدفع فيه ليعلم أربح أم خسر. والثاني: أن ذلك فسخٌ وإجازةٌ. فإن قيل: إن ذلك رجوع في الوصية فَهَلَّا كان ذلك فسخًا؟ أجيب: بضعف الوصية؛ لأنه لم يوجد في حياة الموصي إلّا أحد شِقّي العقد.

ثم شرع في النوع الثاني مترجمًا له بـ «فصلٍ»، فقال:

٧ـ فصلٌ [في خيار النَّقيصة]

لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ ....

(فصلٌ) في خيار النَّقيصة

وهو المعلَّق بفوات مقصودٍ مظنونٍ نشأ الظن فيه من قضاءٍ عرفيّ، أو التزامٍ شرطيٍّ، أو تغريرٍ فعليٍّ.

[أوّلًا: ما يظنُّ حصوله بالعرف]

ثم شرع في **الأمر الأوّل**، وهو ما يُظنُّ حصوله بالعُرْفِ، وهو السلامة من العيب، فقال: (للمشتري) الجاهل بما يأتي (الخيار بظهور عيب قديم)، والمراد بِقِدَمِهِ كونه موجودًا[١] عند العقد أو حدث قبل القبض كما يُعلم من كلامه الآتي، أما المقارن فبالإجماع، وأما الحادث قبل القبض فلأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته.

تنبيه: إنما اقتصر المصنف على ثبوت الخيار للمشتري؛ لأن حصول العيب في المبيع هو الغالب.

ويُستثنَى من طرده[٢] مسائل:

منها: ما إذا حدث العيب قبل القبض بفعل المشتري كما سيأتي.

ومنها: ما إذا كان المشتري مفلسًا أو وليَّ محجورٍ أو عاملَ قراض وكانت الغبطةُ في الإمساك.

---

(١) المراد بوجوده اتصافه به ولو فيما مضى وإن لم يوجد عند المشتري كالزِّنا، فإن بعض العيوب لا يشترط وجودها عند المشتري؛ بل يكفي العلم بوجودها عند البائع؛ كالزِّنا والسرقة والإباق؛ بخلاف البخر والصنان والبول فإنه لا بُدَّ من وجودها عند المشتري زيادةً على وجودها عند البائع.

(٢) في المخطوط: «رَدّه».

كَخِصَاءِ رَقِيقٍ، وَزِنَاهُ، وَسَرِقَتِهِ، وَإِبَاقِهِ، . . . .

ومنها: ما إذا اشترى الوكيل ورضي الموكل بالعيب.

وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين أن يقدر المشتري على إزالة العيب أم لا، وهو كذلك؛ نعم لو أحرم العبد بغير إذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع كما مرَّ في بابه، ولا خيار له كما في «زوائد الروضة» وإن قال البلقيني بثبوت الخيار.

وفواتُ الوصف المقصود كالعيب في ثبوت الخيار، فلو اشترى عبدًا كاتبًا أو مُتَّصفًا بصفة تزيد على ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيارُ وإن لم يكن فواتها عيبًا قبل وجودها؛ قاله ابن الرفعة.

(كخصاء) حيوان ـ بالمدّ ـ (رقيقٍ) أو غيره؛ لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصيُّ، والجَبُّ كالخصاء وإن زادت قيمتهما باعتبار آخر.

تنبيه: عبارته تفهم بغير ما قدرته أن الخصاء في البهائم ليس بعيب، وليس مرادًا، فقد صرَّح الجرجاني وغيره بأنه عيب فيها، ولذلك لم يقيّده في «الروضة» بالرقيق.

وقد يقال: إن الثيران الغالب فيها الخصاء، فلا يثبت فيها خيارٌ لدخولها في قولهم: «إذا غلب في جنس المبيع عدمه»، وإذا كان في المفهوم تفصيل لا يعترض به، ولذلك قال الأذرعي: «وفي الضأن المقصود لحمه توقّفٌ لغلبة ذلك فيه، وكذا في البراذين والبغال؛ بل الفحولة نقص فيها».

(وزناه) أي الرقيق، (وسرقته وإباقه) أي كلٌّ منها وإن لم يتكرر ولو تاب منها؛ لأن تهمة الزنا لا تزول، ولهذا لا يعود إحصانُ الحُرِّ الزاني بالتوبة. وما تقرر من أن السرقة أو الإباق مع التوبة عيبٌ هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري، وصرّح به القاضي في الإباق، خلافًا لبعض المتأخرين، واستثنى بعضهم من السرقة ما إذا دخل مسلمٌ دار الحرب ومعه عبده فسرق العبد مال حربيّ؛ قال: «والذي أراه أن لا يجعل ذلك عيبًا مُثْبِتًا للرَّدِّ ابتداءً». انتهى، والأَوْلَى عدم استثناء هذه لأنها غنيمة وإن وقع ذلك على صورة السرقة. واستثني من إباق العبد ما لو خرج عبدٌ من بلاد الهدنة بعد أن أسلم وجاء إلينا فللإمام بيعه، ولا يُجعل بذلك آبقًا من سيده موجبًا للردّ؛ لأن هذا الإباق مطلوب.

وَبَوْلِهِ فِي الْفِرَاشِ، وَبَخَرِهِ، وَصُنَانِهِ، ....

وحيث قيل: «له الرَّدُّ بالإباق» فمحلّه في حال عوده، أما حال إباقه فلا رَدَّ قطعًا ولا أرش في الأصح.

(**وبوله في الفراش**) ذكرًا كان أو أنثى إن خالف العادة؛ بأن اعتاده لسبع سنين فأكثر تقريبًا؛ لأنه يُقِلُّ الرغبة فيه، فلو لم يعلم به إلَّا بعد كبر العبد لم يردّ ويرجع بالأرش؛ لأن علاجه في الكبر صعب فصار كبره عيبًا حدث؛ قاله الماوردي والروياني. ومحلّ الردّ ـ كما قال بعضهم ـ إذا كان يبول عند البائع وظهر أمره عند المشتري، أما لو كان يبول عند البائع ثم لم يَبُلْ عند المشتري فلا رَدَّ له؛ لأنه تبين أن العيب قد زال قبل البيع.

(**وبَخَرِهِ**)، وهو الناشيءُ من تغيّر المعدة دون ما يكون من قَلَحِ الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم، واعترض ذلك في «الذخائر»: بأن التغير بالقَلَحِ لا يسمَّى بَخَرًا؛ قال الإسنوي: «وهو اعتراض صحيح».

(**وصُنَانِهِ**) المستحكِمِ دون ما يكون لعارضِ عرقٍ أو حركة ونحو ذلك.

وعيوب الرقيق لا تكاد تنحصر، فمنها: أن يكون نَمَّامًا، أو كذابًا، أو ساحرًا، أو قاذفًا للمحصنات، أو مقامرًا، أو تاركًا للصلاة؛ قال الزركشي: «وينبغي اعتبار ترك ما يُقتل به منها»، أو شاربًا ما يسكر وإن لم يسكر بشربه، قال الزركشي: «وينبغي أن يقيّد بالمسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار فإنه غالب فيهم»، أو خنثى مشكلًا أو واضحًا، أو مُخَنَّثًا ـ وهو بفتح النون وكسرها ـ الذي تشبه حركاته حركات النساء خَلْقًا وخُلُقًا، أو مُمَكِّنًا من نفسه وإن كان صغيرًا أو مرتدًّا؛ قال الماوردي: «وإن تاب»، أو مُحْرِمًا بإذن من البائع، أو كافرًا لم يجاوره كفّار لقلَّة الرغبة، فإن جاوره كفار فليس بعيب، أو كون الأمة رتقاء أو قرناء أو مستحاضة، أو يتطاول طهرها فوق العادة الغالبة، أو لا تحيض وهي في سنّ الحيض غالبًا؛ بأن بلغت عشرين سنة؛ قاله القاضي؛ لأن ذلك إنما يكون لعلَّة، أو حاملًا؛ لأنه يُخاف من هلاكها بالوضع، لا في البهائم فإن الغالب فيها السلامة، أو معتدّة ولو مُحَرَّمَةً عليه بنحو نسب؛ خلافًا للجيلي في

وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضِّهَا، . . . .

المُحَرَّمَةِ، أو كافرة كفرها يحرم الوطء كوثنية، واصطكاك الكعبين، وسواد الأسنان أو حمرتها كما بحثه بعضهم، أوْ خُضرتها أو زرقتها، أو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها، وذهاب الأشفار من الأَمَةِ، وكبر أحد ثدييها، والخِيلانُ الكثيرة ـ بكسر الخاء، جمع «خَالٍ»، وهو الشامة ـ وآثار الشجاج، قال الروياني: «أو كونه أعسر»، وفَصَّلَ ابن الصلاح فقال: «إن كان أضبط ـ وهو الذي يعمل بيده معًا ـ فليس بعيب؛ لأن ذلك زيادة في القوة، وإلَّا فهو عيبٌ»، ولعل الروياني لا يخالف ذلك، أو أشلّ، أو أقرع ـ وهو من ذهب شعر رأسه بآفة ـ أو أصم ـ وهو من لم يسمع ـ أو أخفش، وهو صغير العين ضعيف البصر خلقةً، ويقال: هو من يبصر بالليل دون النهار، وفي الغيم دون الصحو، وكلاهما عيبٌ كما ذكره في «الروضة»، أو أجهر، وهو من لا يبصر في الشمس، أو أعشى ـ وهو من يبصر بالنهار دون الليل، وفي الصحو دون الغيم، والمرأة عشواء ـ أو أخشم، أو أبكم أي أخرس، أو أرتّ لا يفهم كلامه غيره، أو فاقد الذوق أو أنملة أو الظفر أو الشعر ولو عانة، أو في رقبته لا في ذمته فقط دَيْنٌ. فإن قيل: من تَعَلَّقَ برقبته مال لا يصحّ بيعه فكيف يُعَدُّ من العيوب؟ أجيب: بأن صورته أن يبيعه ثم يجني جنايةً تتعلق برقبته قبل قبضه فإنها من ضمان البائع. أو له أصبع زائدة، أو سِنٌّ شاغية، وهي ـ بشين وغين معجمتين ـ الزائدةُ التي تخالف نبتتها نبتة بقية الأسنان، أو سنّ مقلوعة لا لكبر، أو به قروح أو أبهق، والبَهَقُ بياض يعتري الجلد يخالف لونه وليس من البرص، فالبرص والجذام أولى. أو أبيض الشعر في غير سِنِّهِ، ولا تضر حمرته، أو مخبلًا ـ بالموحَّدة ـ وهو من في عقله خَبَلٌ؛ أي فساد، أو أبله، وهو من غلب عليه سلامة الصدر؛ رُوي: «إِنّ أَكْثَرَ أَهْلِ الجَنَّةِ البُلْهُ»؛ أي في أمر الدنيا لقلّة اهتمامهم بها، وهم أكياسٌ في أمر الآخرة، وحمل بعضهم الأبلهَ على معنى لطيف، وهو من يعمل لأجل النعيم، وغيره هو الذي يعمل لوجه الله تعالىٰ، فأكثر أهل الجنة من القسم الأول فهو ليس بمذموم، ولكن القسم الثاني أعلى.

(وجِماح الدابة) ـ بالكسر ـ أي امتناعها على راكبها، (وعَضِّهَا) أو رَمْحِها؛ لنقص القيمة بذلك، وكونها تشرب لبنها أو لبن غيرها، أو تكون بحيث يُخشى من ركوبها

وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوِ الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ؛ . . . .

السقوط لخشونة مشيها، أو ساقطة الأسنان لا لكبر، أو قليلة الأكل بخلاف قِلَّةِ الأكل في الآدمي.

والحموضةُ في البطيخ لا الرمان عيبٌ. ولا ردّ بكون الرقيق رطب الكلام ولا بكونه عقيمًا، ولا بكون العبد عِنِّينًا. وليس عدم الختان عيبًا إلَّا في عبدٍ كبيرٍ خوفًا عليه من الختان؛ بخلاف الأَمَةِ الكبيرة؛ لأن ختانها سليم لا يُخاف عليها منه، وضَبَطَ بعضهم الصغير بعدم البلوغ. ومن العيوب ظهور مكتوب بوقفية المبيع ولم يثبت، وكذا شيوعها بين الناس. وشقّ أذن الشاة مثلًا إن منع الإجزاء في الأضحية.

ولَمَّا كان لا مطمع في استيفاء العيوب المُثْبِتَةِ للرَّدِّ ذكر ضابطًا جامعًا لها شاملًا لما ذكره ولما لم يذكره فقال: (وكُلِّ ما) ـ بالجرّ ـ (يَنْقُصُ العين) ـ بفتح الياء وضمِّ القاف بضبط المصنف أفصح من ضمِّ الياء وكسر القاف المشددة؛ قال تعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا﴾ [التوبة: ٤] ـ (أو القيمة نقصًا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه)؛ إذ الغالب في الأعيان السلامة، فبذلُ المال يكون في مقابلة السليم، فإذا بان العيب وجب التمكن من التدارك. فقوله: «يفوت به غرض صحيح» قيدٌ في نقص العين خاصةً ليحترز به عن قطع أصبع زائدة، أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شينًا ولا يفوّت غرضًا فلا ردّ به، فلو ذكره عقبه إما بأن يقدم ذكر القيمة، أو يجعل هذا القيد عقب نقص العين قبل ذكر القيمة لكان أَوْلَى. وقوله: «إذا غلب في جنس المبيع عدمه» يرجع إلى القيمة والعين؛ فأما القيمة فاحترز به عن الثيوبة في الأَمَةِ الكبيرة السِّنِّ، قال شيخي: وكذا الخصاء في الثيران، ومَرَّتِ الإشارة إليه، قال الأذرعي: «وكترك الصلاة في الأرقّاء، فإن ذلك لا يقتضي الردّ وإن نقصت القيمة بذلك»، ويمكن حمل هذا على الأرقاء الجلب وما تقدم على غيرهم. وأما في العين فاحترز به على قلع الأسنان في الكبير؛ قاله الإسنوي، قال: وقد جزم في «المطلب» بامتناع الرَّدِّ ببياض الشعر في الكبير، وهو نظير ما نحن فيه.

سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ فَلَا خِيَارَ إِلَّا أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ؛ كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ؛ . . . .

فائدة: العيب سِتَّةُ أقسام: في البيع، والزكاة، والغرَّة، والصداق إذا لم يفارق قبل الدخول ما مرَّ، وفي الكفارة ما ضرَّ بالعمل إضرارًا بيِّنًا، وفي الأضحية والهدي والعقيقة ما نقص اللحم، وفي النكاح ما نَفَّرَ عن الوطء كما هو مبين في محله، وفي الصداق إذا فارق قبل الدخول ما فات به غرضٌ صحيحٌ؛ سواء أكان الغالب في أمثاله عدمه أم لا، وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت في الأجرة، قال الدميري: «وينبغي أن يزاد عيب المرهون، فالظاهر أنه ما نقص القيمة فقط».

(سواء) في ثبوت الخيار (قارن) العيبُ (العقدَ)؛ بأن كان موجودًا قبله (أم حدث) بعده و (قبل القبض) للمبيع؛ لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزؤه. ولو حدث قبل القبض بسبب متقدم رضي به المشتري؛ كما لو اشترى بِكْرًا مزوّجة عَالِمًا فأزال الزوج بكارتها؛ قال السبكي: «لم أَرَ فيه نقلًا، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرَّدَّ لرضاه بسببه»، فإن قيل: إن هذه ستأتي في قول المصنف: «إلَّا أن يستند إلى سبب متقدم»، أجيب: بأن الذي يأتي في كلامه أن العيب إذا حدث بعد القبض بسبب سابق لا يمنع الرَّدَّ، والذي قاله السبكي أنه لو حدث العيب قبل القبض بسبب سابق رضي به المشتري، فعلى كلام السبكي تُستثنَى هذه الصورة من كلام المصنف.

(ولو حدث) العيب (بعده) أي القبض، (فلا خيار) في الردّ به؛ لأنه بالقبض صار من ضمانه، فكذا جزؤه وصفته. قال ابن الرفعة: ومحلّه بعد لزوم العقد، أما قبله فينبني على ما إذا تلف حينئذ هل ينفسخ؟ والأرجح ما قاله الرافعي إن قلنا: «الملك للبائع» انفسخ وإلَّا فلا، فإن قلنا: «ينفسخ» ـ أي وهو الراجح ـ فحدوثه كوجوده قبل القبض. (إلَّا أن يستند إلى سبب متقدم) على القبض أو العقد ويجهله المشتري؛ (كقطعه) أي المبيعِ العبدِ أو الأَمَةِ (بجناية) أو سرقة (سابقة) على القبض (فيثبت الرَّدُّ) بذلك (في الأصح)؛ لأن قطعه لتقدم سببه كالمتقدِّم. وفي معنى القطع زوال البكارة واستيفاء الحَدِّ بالجلد. والثاني: لا يثبت به الرَّدُّ؛ لأنه قد تسلط على التصرّف بالقبض

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الأَصَحِّ.

فيدخل المبيع في ضمانه، وعلى هذا يرجع بالأرش، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن، فإن كان عالمًا به فلا ردَّ له به جزمًا ولا أرش؛ لدخوله في العقد على بصيرة.

(**بخلاف موته**) أي المبيع (**بمرض سابق**) على القبض جهله المشتري، فلا يثبت به لازم الرَّدِّ المتعذر من استرجاع الثمن (**في الأصح**) المقطوع به، ولو عبّر بـ«المذهب» لكان أَوْلَى؛ لأن المرض يزداد شيئًا فشيئًا إلى الموت فلم يحصل بالسابق. والثاني: يثبت استرجاع الثمن؛ لأن السابق أَفْضَى إليه فكأنه سبق، فينفسخ به البيع قبيل الموت، وعلى الأول للمشتري أرش المرض، وهو ما بين قيمة المبيع صحيحًا ومريضًا من الثمن. ومحلّ الخلاف في المرض المخوف كما في «التذنيب» وغيره، أما غيره كالحمّى اليسيرة إذا لم يعلم بها المشتري: فإن زادت في يده ومات لا يرجع بشيء قطعًا لموته بما حدث في يده، والجراحة السارية كالمرض، وكذا الحامل إذا ماتت من الطَّلْقِ، فإن كان المشتري عالمًا بالمرض فلا شيء له جزمًا.

(**ولو قُتِلَ**) المبيع (**بِرِدَّةٍ**) أو محاربة أو جناية توجب قصاصًا (**سابقة**) على القبض جهلها المشتري (**ضمنه البائع في الأصح**) بجميع الثمن؛ لأن قتله لتقدم سببه كالمتقدِّم، فينفسخ البيع فيه قبيل القتل. والثاني: لا يضمنه البائع، ولكن تعلُّق القتل به عيبٌ يثبت به الأرش، وهو ما بين قيمته مستحق القتل وغير مستحقه من الثمن. وينبني على الخلاف في المسألتين مؤنة التجهيز والدفن، فهي على الأصح على المشتري في الأُولى، وعلى البائع وجوبًا في الثانية. فإن كان المشتري عالمًا بالحال فلا شيء له جزمًا.

تنبيه: لو قال المصنف: «قتل بموجب سابق» لكان أَوْلَى؛ ليشمل ما زدته والقتلَ بترك الصلاة ونحو ذلك. فإن قيل: تارك الصلاة لم يقتل بموجب سابق؛ بل بتصميمه على ترك القضاء، أجيب: بأن الترك موجب للقتل، والتصميم على ترك القضاء موجب للاستيفاء؛ كما في الردّة فإنها السبب الموجب للقتل وبقاؤه عليها موجبٌ للاستيفاء.

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ، . . . .

قال الشارح: ولو أخّر عبارته الأُولى ـ وهي قوله: «بخلاف موته. . . إلى آخره» ـ عن الثانية لاستغنى عن التأويل السابق؛ أي وهو قولنا تبعًا له: «لازم الردّ»؛ إذ لا يتوهم أن الخلاف في الردّ لأنه قد تعذر بموته.

وقضية كلامه صحة بيع المرتدّ وهو الأصح، وكذا المُتَحَتِّمُ قتله بالمحاربة، ولا قيمة على متلفهما كما قاله ابن المقري لاستحقاقهما القتل، والثانية نقلها الشيخان عن القفال، ولعلّه بناها على أن المغلَّب في قتل المحارب معنى الحدّ؛ لكن الصحيح أن المغلب فيه معنى القصاص، وأنه لو قتله غير الإمام بغير إذنه لزمه ديته، وقَضِيَّتُهُ أنه يلزم قاتل العبد المحارب قيمته لمالكه؛ نبّه على ذلك الأذرعي، والمعتمد الأوّل مع أن الحكم لا ينحصر فيه وفي المرتدّ؛ بل يجري في غيرهما؛ كتارك الصلاة والصائل والزاني المحصن؛ بأن زنى ذِمِّيٌّ ثم التحق بدار الحرب ثم استُرِقَّ، فيصح بيعهم ولا قيمة على مُتْلِفِهِمْ.

[ثانيًا: ما يظنُّ حصوله بالشرط]

ثم شرع في **الأمر الثاني** وهو ما يظن حصوله بشرط، فقال: **(ولو باع)** حيوانًا أو غيره **(بشرط براءته من العيوب)** في المبيع، أو قال: «بعتك على أن لا تردَّ بعيب» **(فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه)** البائع **(دون غيره)** أي العيب المذكور، فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان؛ كالثياب والعقار مطلقًا، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه. والمراد بـ«الباطن» ـ كما قال شيخي ـ ما لا يطّلع عليه غالبًا. والثاني: يبرأ عن كل عيب عملًا بالشرط، والثالث: لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمُبْرَإ منه، وهو القياس، وإنما خرج منه على الأول صورة من الحيوان لما رواه مالك في «الموطأ»: أن ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما باع غلامًا بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه ـ وهو زيد بن ثابت ـ لعبد الله بن عمر: «بِالْعَبْدِ دَاءٌ لَمْ تُسَمِّهِ لِي»، فاختصما إلى عثمان رضي الله تعالىٰ عنه، فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبدَ وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع

وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ.

العبد، فباعه بألف وخمسمائة[(١)]، وفي «الشامل» وغيره أن المشتري زيد بن ثابت كما أورده الرافعي، وأن ابن عمر كان يقول: «تركتُ اليمينَ لله فَعَوَّضَنِي الله عنها»، دَلَّ قضاء عثمان رضي الله عنه على البراءة في صورة الحيوان المذكورة، وقد وافق اجتهادَهُ فيها اجتهادُ الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه وقال: الحيوان يغتدي في الصحة والسقم وتحول طباعه، فقد لا ينفكّ عن عيب خفي أو ظاهر؛ أي فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي، دون ما يعلمه مطلقًا في حيوان أو غيره لتلبيسه فيه، وما لم يعلمه من الظاهر فيهما لندرة خفائه عليه، أو من الخفي في غير الحيوان كالجوز واللوز؛ إذ الغالب عدم تغيره بخلاف الحيوان.

تنبيه: لا فرق في الحيوان بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره.

وقول المصنف: «عن عيب باطن»، لفظة «باطن» ساقطة من بعض النسخ، والصواب إثباتها لما مرَّ أنه لا يبرأ عن عيب ظاهر، قال الولي العراقي: وقد رأيت لفظة «باطن» مخرجة على حاشية أصل المصنف؛ لكن لا أدري هل هي بخطه أم لا؟ وليست في «المحرر». انتهى، وفي «الدقائق»: لفظة «باطن» مما زاده «المنهاج»، ولا بدّ منها على الصحيح.

(وله) أي المشتري (مع هذا الشرط الرَّدُّ بعيب حدث) بعد العقد و (قبل القبض)؛ لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد. ولو اختلفا في القِدَم فوجهان في «الحاوي»، ويؤخذ من كلام المصنف الآتي في قوله: «ولو اختلفا في قِدَمِ العيب» أن البائع هو المصدَّق.

(ولو شرط البراءة عما يحدث) من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها (لم يصح) الشرط (في الأصحّ)؛ لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلم يسقط؛ كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له. والثاني: يصح بطريق التبع، فإن انفرد الحادث فهو أَوْلَى بالبطلان كما في «الروضة» وأصلها.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ»، (٢/ ٦١٣)، الحديث رقم / ٤/.
قال العلامة ابن الملقّن: وهذا أثرٌ صحيحٌ. انظر: البدر المنير، (٦/ ٥٥٨).

ولو شرط البراءة عن عيب عَيَّنَهُ: فإن كان مما يُعايَنُ كالبرص فإن أراه قدره وموضعه بريء منه قطعًا، وإلَّا فهو كشرط البراءة مطلقًا، فلا يبرأ منه على الأظهر؛ لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه، وإن كان مما لا يُعاين كالزنا أو السرقة أو الإباق بريء منه قطعًا؛ لأن ذكرها إعلام بها. قال السبكي: وبعض الورّاقين في زماننا يجعل بدل شرط البراءة إعلام البائع المشتري بأن بالمبيع جميعَ العيوب ورضي به، وهذا جهلٌ لأنه كذب ولا يفيد؛ لأن الصحيح أن التسمية لا تكفي فيما يمكن معاينته حتى يُرِيَهُ إياه، وأما ما لا يمكن معاينته فذكره مُجْمَلًا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية فلا يفيد، ولا يجوز للحاكم إلزام المشتري بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وبطلانه، وإذا وقع ذلك يكون كشرط البراءة.

ولو شرط أن الأَمَةَ بِكْرٌ أو صغيرة أو مسلمة فبان خلاف ذلك فله الردّ لخلف الشرط، وكذا لو شرط كون الرقيق المبيع كاتبًا أو خبَّازًا أو نحو ذلك من الأوصاف المقصودة فبان خلافه فإنه يثبت له الخيار لفوات فضيلة ما شرطه. ولو شرط أنها ثَيِّب فخرجت بكرًا لم تُرَدَّ لأنها أكمل مما شرط، وقيل: تُرَدُّ؛ لأنه قد يكون له في ذلك غرض كضعف آلته أو كبر سنّه وقد فات عليه. ولو شرط أن الرقيق كافرٌ أو فحلٌ أو مختون أو خَصِيٌّ فخرج مسلمًا في الأُولى أو خصيًّا في الثانية أو أقلف في الثالثة أو فحلًا في الرابعة ثبت له الرَّدُّ لاختلاف الأغراض بذلك؛ إذ في الكافر مثلًا فوات كثرة الراغبين؛ إذ يشتريه الكافر والمسلم بخلاف المسلم. والخَصِيُّ ـ بفتح الخاء ـ مَنْ قطع أنثياه أو سُلَّتَا وبقي ذكره. فلو شرط كونه أقلف فبان مختونًا لم يثبت له الرَّدُّ؛ إذ لم يفت بذلك غرض مقصود؛ إلَّا إن كان الأقلف مجوسيًّا بين مجوس يرغبون فيه بزيادة فيثبت له بذلك الرَّدُّ. ولو شرط كونه فاسقًا أو خائنًا أو أُمِّيًّا أو أحمق أو ناقص الخلقة فبان خلافه لم يثبت له الرَّدُّ؛ لأنه خير مما شرط. ولو شرط كون الأمة يهودية أو نصرانية فبانت مجوسية أو نحوها ثبت له الرد لفوات حِلّ الوطء؛ بخلاف ما لو شرط كونها يهودية فبانت نصرانية أو بالعكس. ولو اشترى ثوبًا على أنه قطن فبان كتّانًا لم يصح الشراء لاختلاف الجنس.

(ولو هلك المبيع) غير الربويّ المبيع بجنسه **(عند المشتري)** سواء كان بآفةٍ سماوية

أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالأَرْشِ، وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ ....

أم بغيرها؛ كأن أكل الطعام، (أو) خرج عن قبول النقل؛ كأن (أعتقه) والعبد مسلم، أو وقفه ولو كافرًا، أو استولد الأمة، أو جعل الشاة أضحية (ثم علم العيب) به (رجع بالأرش)؛ لتعذر الرَّدِّ بفوات المبيع حسًّا أو شرعًا. فإن كان العبد كافرًا؛ قال الإسنوي: لا يرجع؛ لأنه لم ييأس من ردّه لإمكان لحوقه بدار الحرب فيسترقّ ثم يعود إلى الملك، قال: «ويجب حمل إطلاقهم على هذا». انتهى، ومحلّه إذا كان المعتق كافرًا أيضًا؛ إذ عتيق المسلم لا يُسترقّ، ومع هذا فهو بعيد فينبغي إطلاق كلام الأصحاب. ولو اشترى معيبًا جاهلًا بعيبه يعتق عليه أو بشرط العتق فأعتقه رجع بأرشه؛ لأنَّه المقصود وإن كان العتق قُرْبَةً فبذل الثمن إنما كان في مقابلة ما ظنّه من سلامة المبيع، فإذا فات منه جزءٌ صار ما قصد عتقه مقابلًا ببعض الثمن فرجع في الباقي، ومسألة القريب أو من أقرّ بحريته ليست داخلة في كلام المصنف رحمه الله، فإن الموجود إنما هو العتق لا الإعتاق. ولو قال: «أعْتِقْ عبدك عني على كذا» ففعل ثم ظهر معيبًا وجب الأرش، واستمر العتق كما جزم به الشيخان في الكفارة، قالا[1]: «ويجزىء عن الكفارة إن لم يمنع العيب الإجزاء». أما الربوي المذكور؛ كذهب بيع بوزنه ذهبًا فبان معيبًا بعد تلفه فلا أرش فيه؛ بل يفسخ البيع ويغرم البدل ويسترد الثمن، وإلَّا لنقص الثمن فيصير الباقي منه مقابلًا بأكثر منه وذلك ربا إن ورد على العين، فإن ورد على الذمة ثم عيّن غرم بدل التالف، واستبدل في مجلس الرَّدِّ وإن فارق مجلس العقد. وهل يمتنع الرَّدُّ على بائع الصيد إذا أحرم؛ لأن ردّه إتلاف عليه؟ قال الإسنوي: «فيه نظر». انتهى، والذي يظهر أن له الرد؛ لأن البائع منسوب إلى تقصير في الجملة. ولو وجد المُسْلَمُ إليه برأس مال السَّلَمِ عيبًا بعد تلفه عنده: فإن كان معينًا نقص من المُسْلَمِ فيه بقدر نقص العيب من قيمة رأس المال، أو في الذمة وعُيِّنَ غرم بدل التالف واستبدل في مجلس الرَّدِّ وإن فارق مجلس العقد.

(وهو) أي الأرش (جزء من ثمنه) أي المبيع (نسبته إليه) أي نسبة الجزء إلى الثمن

(١) في نسخة البابي الحلبي: «قال».

نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا، وَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ.

(نسبة) أي مثل نسبة (ما نقص العيب من القيمة لو كان) المبيع (سليمًا) إليها، ولو ذكر هذه اللفظة وقال كما في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: «إلى تمام قيمة السليم» لكان أَوْلَى؛ لأن النسبة لا بدّ فيها من منسوب ومنسوب إليه، والنسبة هنا مذكورة مرتين؛ فالأُولى هي النسبةُ المذكورةُ في الجزء الذي هو الأرش وقد ذكر فيها الأمرين، وأما الثانية فذكر معها المنسوب خاصة وهو المقدار الذي نقصه العيبُ من القيمة، فيقال: نأخذ نسبة هذا المقدار من تمام القيمة، ولكنه ترك ذلك للعلم به، فلو كانت قيمته بلا عيب مائة وبه تسعين فنسبةُ النقص إلى قيمته عُشْرٌ، فالأرش عُشْرُ الثمن. وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن؛ لأن المبيع مضمون على البائع بالثمن، فيكون جزؤه مضمونًا عليه بجزء الثمن، فإن كان قبض الثمن رَدَّ جزأه وإلَّا سقط عن المشتري بطلبه، وقيل: بلا طلب.

(والأصح اعتبار أقل قِيَمِهِ) أي المبيع (من يوم) أي وقت (البيع إلى) وقت (القبض)؛ لأن القيمة إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تدخل في التقويم، وإن كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقلّ فما نقص كان من ضمان البائع، والزيادة في الثانية حدثت في ملك المشتري فلا تدخل في التقويم. والثاني: اعتبار قيمة وقت البيع؛ لأنه وقت مقابلة الثمن بالمبيع، والثالث: قيمة وقت القبض؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري.

تنبيه: قول المصنف: «أقلّ قِيَمِهِ»، قال في «الدقائق»: وهو جمع «قيمة»، وعلى هذا يقرأ بفتح الياء، وبذلك ضبطه المصنف في أصله وقال: إنه أصوب من قول «المحرر»: «أقل قيمتي العقد والقبض» لاعتباره الوسط؛ أي بين قيمتي اليومين. قال الإسنوي: وما في الكتاب غريب؛ لأنه ليس محكيًا في أصوله المبسوطة وجهًا فضلًا عن اختياره، ولأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبل القبض لا يثبت للمشتري الخيار فكيف يكون مضمونًا على البائع؟ انتهى.

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَوْ قِيمَتَهُ.

وعبّر بـ«الأصحّ» دون الأظهر ليوافق الطريقة الراجحة وإن لم يشعر بها، ولو عبّر بـ«المذهب» كان أَوْلَى؛ لأن هذه أقوالٌ محكيَّةٌ في طريقه فيما عدا ما بين الوقتين، والطريقة الراجحة القطع باعتبار أقل قيمتي وقت العقد والقبض.

وإذا اعتبرت قِيَمُ المبيع: فإما أن تتحد قيمتاه سليمًا وقيمتاه معيبًا، أو تتحدا سليمًا وتختلفا معيبًا وقيمته يوم العقد أقل أو أكثر، أو يتحدا معيبًا ويختلفا سليمًا وقيمته يوم العقد أقل أو أكثر، أو يختلفا سليمًا ومعيبًا وقيمته يوم العقد سليمًا ومعيبًا أقل أو أكثر، أو سليمًا أقل ومعيبًا أكثر أو بالعكس، فذاك تسعة أقسام أُمَثِّلها على الترتيب: اشترى عبدًا بألف وقيمته وقت العقد والقبض سليمًا مائة ومعيبًا تسعون فالنقص عشرة، وهي عُشْرُ قيمته سليمًا، فيرجع على البائع بعُشْرِ الثمن وهو مائة، ولو كانت قيمتاه سليمًا مائة وقيمته معيبًا وقت العقد ثمانين ووقت القبض تسعين، أو وقت العقد تسعين ووقت القبض ثمانين فالتفاوت بين قيمتيه سليمًا وأقل قيمتيه معيبًا عشرون، وهي خُمُسُ قيمته سليمًا، فيرجع بِخُمس الثمن، ولو كانت قيمته معيبًا ثمانين وسليمًا وقت العقد تسعين ووقت القبض مائة، أو وقت العقد مائة ووقت القبض تسعين فالتفاوت بين قيمته معيبًا وأقل قيمتيه سليمًا عشرة وهي تُسْعُ أقلِّ قيمتيه سليمًا فيرجع بِتُسْعِ الثمن، ولو كانت قيمته وقت العقد سليمًا مائة ومعيبًا ثمانين ووقت القبض سليمًا مائة وعشرين ومعيبًا تسعين أو بالعكس، أو قيمته وقت العقد سليمًا مائة ومعيبًا تسعين ووقت القبض سليمًا مائة وعشرين ومعيبًا ثمانين أو بالعكس فالتفاوت بين أقلّ قيمتيه سليمًا وأقل قيمتيه معيبًا عشرون وهي خُمُسُ أقل قيمتيه سليمًا فيرجع بِخُمُسِ الثمن. وإذا نظرت إلى قيمته فيما بين الوقتين أيضًا زادت الأقسام.

(ولو تلف الثمن) المقبوض حِسًّا ـ كأن تلف ـ أو شرعًا؛ كأن أعتقه أو كاتبه أو وَقَفَهُ أو استولد الأمة أو خرج عن ملكه إلى غيره أو تَعَلَّقَ به حقٌّ لازمٌ كرَهْنٍ (دون المبيع) المقبوض، ثم اطّلع على عيب وأراد ردَّه به (ردّه) أي المبيع المشتري؛ لوجوده خاليًا عن الموانع (وأخذ مثل الثمن) إن كان مثليًا، (أو قيمته) إن كان متقوّمًا؛ لأنه لو كان باقيًا

وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا أَرْشَ فِي الأَصَحِّ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقِيلَ: إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ فَلَا رَدَّ. . . . .

لاستحقه فإذا تلف ضمنه بذلك قياسًا على غيره. ويعتبر أقلُّ قِيَمِهِ من وقت البيع إلى وقت القبض كما في «الروضة» وأصلها، وهو يخالف ما تقدم عنهما في الأرش؛ لكنه يوافق ما في الكتاب هناك، قال الإسنوي: «والصواب التسوية». انتهى، وعبارة «الشرح الصغير» هنا: «ويعتبر الأقل من قيمة يوم العقد والقبض» فهي موافقة لما تقدم، والمعتمد أنَّا نعتبر الوسط هنا وهناك.

ولو صالحه البائع بالأرش أو غيره عن الرَّدِّ لم يصح؛ لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروّي في كونه غير متقوِّم، ولم يسقط الرَّدُّ؛ لأنه إنما سقط بعوض ولم يسلم؛ إلَّا إن علم بطلان المصالحة فيسقط الردّ لتقصيره. وليس لمن له الردّ إمساك المبيع وطلب الأرش، ولا للبائع منعه من الردّ ودفع الأرش.

(ولو عَلِمَ العيبَ) بالمبيع (بعد زوال ملكه) عنه (إلى غيره) بعوضٍ أو بدونه، وهو باقٍ بحاله في يد الثاني (فلا أرش) له (في الأصح)؛ لأنه لم ييأس من الردّ فقد يعود إليه فيردّه، وقيل: عِلَّتُهُ أنه استدرك الظُّلامة. وخرّجوا على هاتين العِلَّتين زواله بلا عوض، فعلى الأُولى ـ وهي الصحيحة ـ لا أرش، وعلى الثانية يجب. والوجه الثاني: أن له الأرش كما لو تلف.

(فإن عاد الملك) إليه بعوض أو بغيره، أو انفكّ رهنه أو نحو ذلك (فله الردّ) لزوال المانع. (و) على العلَّة الثانية (قيل: إن عاد) المبيع إليه (بغير الردّ بعيب فلا ردّ) له؛ لأنه بالاعتياض عنه استدرك الظلامة وغَبَنَ غيرَهُ كما غُبِنَ هو، ولم يبطل ذلك الاستدراك؛ بخلاف ما لو ردّ عليه بعيب. وعلى الأصح لو تعذَّر العود لتلفٍ أو إعتاقٍ رجع بالأرش المشتري الثاني على الأوّل والأوّلُ على بائعه، وله الرجوع عليه قبل الغرم للثاني ومع إبرائه منه، وقيل: لا فيهما؛ بناءً على التعليل باستدراك الظلامة.

وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ، ....

[مطلبٌ: الرَّدُّ بالعيب على الفور]

(والردّ) بالعيب (على الفور) بالإجماع كما قاله ابن الرفعة، ولأن الأصل في البيع اللزوم والجواز عارض، ولأنه خيارٌ ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فوريًا كالشفعة، فيبطل بالتأخير بغير عذر، وهذا في المبيع المعين، أما الواجب في الذمة ببيع أو سَلَمٍ إذا قبض فوجد معيبًا فقال الإمام: إن قلنا: «لا يملك إلا بالرضا»؛ أي وهو الأصح فلا يعتبر الفور؛ إذ الملك موقوف على الرضا، وكذا إن قلنا: «يملك بالقبض»؛ لأنه ليس معقودًا عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدّي رَدُّه إلى رفع العقد.

تنبيه: يُستثنَى من اشتراط الفَوْر صُوَرٌ:

منها: لو آجر المبيع ثم علم بالعيب ولم يَرْضَ البائع بالعين مسلوبةَ المنفعة مُدَّةَ الإجارة فإن المشتري يُعذر في التأخير إلى انقضاء المدة.

ومنها: قريب العهد بالإسلام ومن ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء إذا ادعى الجهل بأن له الردّ فإنه يقبل منه، ولو ادعى الجهل بالفورية وكان ممن يخفى عليه ذلك قُبِلَ.

ومنها: ما لو باع مالًا زكويًّا قبل الحَوْلِ ووجد المشتري به عيبًا قديمًا وقد مضى حول من يوم الشراء ولم يخرج الزكاة بعد فليس له الردّ حتى يخرجها، سواء أقلنا: «الزكاة تتعلق بالعين أم الذمة»؛ لأن للساعي أخذ الزكاة من عينها لو تعذّر أخْذُها من المشتري وذلك عيب حادث، فلا يبطل الردّ بالتأخير إلى أن يؤدّي الزكاة؛ لأنه غير متمكّن منه قبله، وإنما يبطل بالتأخير مع التمكّن.

ومنها: ما لو اطّلع المشتري على عيب بالشقص قبل أخذ الشفيع فأمسك عن ردّه انتظارًا للشفيع، فإن كان الشفيع غائبًا بطل حقّه بالانتظار وإن كان حاضرًا فلا.

ومنها: ما إذا اشتغل بالردّ بعيب وأخذ في تثبيته ولم يمكنه فله الردّ بعيبٍ آخر ويعذر فيه لاشتغاله بالرَّدِّ بعيب غيره، ففي «فتاوى ابن الصلاح»: اشترى جارية ثم ادّعى جنونها وطلب رَدَّها ولم يثبت جنونها فادّعى عليه بعيب ثانٍ فإن له الردّ إذا ثبت، ولا يمنع من ذلك ما ادعاه من جنون متقدم ولا تأخير إثباته إذا كان لعجزه.

فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ، أَوْ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ. فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ، وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ، ....

ولو قال البائع: أنا أزيل ما به من عيب وأمكن في مدة لا أجرة لمثلها ـ كنقل الحجارة المدفونة ـ فإنه يقبل ولا ردَّ للمشتري.

(فليبادر) مريد الردّ (على العادة) ولا يؤمر بالعَدْوِ والركض لِيَرُدَّ، (فلو علمه وهو يصلي) فرضًا أو نفلًا، (أو يأكل)، أو يقضي حاجته كما في «المحرّر»، أو وهو في حمَّام كما ذكره المصنف في الشفعة (فله تأخيره حتى يفرغ)؛ لأنه لا يُعَدُّ مقصّرًا. ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار فيها على ما يجزىء، ولا يزيد فيها على ما يسنّ للمنفرد فيما يظهر. وكلامه يُوهم أنه لو علمه وقد دخل وقت هذه الأشياء ولم يشرع فيها أن الحكم بخلافه، وليس مرادًا؛ إذ لا فرق. ولو لبس ثوبه أو أغلق بابه فلا بأس. ولا يضر في الردّ الابتداء بالسلام بخلاف الاشتغال بمحادثته. ولو اشترى عبدًا فَأَبِقَ قبل القبض وأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ فله ذلك ما لم يَعُدِ العبد إليه.

(أو) علمه (ليلًا)، وقيّده ابن الرفعة بكلفة السير فيه، ونُقِلَ نحوه عن «التتمة» (فحتى يصبح) أما إذا لم يكن عليه كلفة في السير ـ كأن كان جارًا له ـ فلا فرق بين الليل والنهار.

(فإن كان البائع) المالك (بالبلد ردّه عليه بنفسه أو وكيله) إن لم يحصل بالتوكيل تأخير، (أو على وكيله) بالبلد كذلك؛ لأنه قائم مقامه في ذلك، أما إذا كان البائع وكيلًا فإنه يردّه عليه أو على موكله، وعبارة «المحرر»: «ردّه بنفسه أو وكيله عليه أو على وكيله»؛ أي لكلٍّ منهما الردّ على كُلٍّ منهما، فقدم المصنّف لفظة «عليه» ففاته النص على التخيير عند الردّ إلى الوكيل. ولو مات المالك ردّه على وارثه، أو حُجِرَ عليه فعلى وَلِيِّهِ.

(ولو تركه) أي البائع أو وكيله (ورَفَعَ الأمرَ إلى الحاكم فهو آكد)؛ لأن الخصم ربما أَحْوَجَهُ في آخر الأمر إلى المرافعة إليه، فيكون الإتيان إليه فاصلًا للأمر جزمًا.

وَإِنْ كَانَ غَائِبًا رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ . .

وقضية كلام الشيخين أنه لا فرق في التخيير المذكور بين أن يكون الاطلاع بحضرة أحدهم أم في غيبة الكُلِّ، وهو كذلك لما مرَّ وإن قال في «المطلب»: «إذا علم بحضرة أحدهم فالتأخير لغيره تقصير، وإذا جاء إلى الحاكم لا يدّعي؛ لأن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد غير متوارٍ ولا متعذر، وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه ليردّ عليه»، قال السبكي: «إذا قلنا: القاضي لا يقضي بعلمه فما فائدة ذلك؟ فَلَعَلَّ هذا تفريعٌ على الصحيح أن القاضي يقضي بعلمه»، قال الأذرعي: «ولأن الحاكم لا يخلو غالبًا عن شهود أو يصير الحاكم شاهدًا له».

(وإن كان) البائع (غائبًا) عن البلد ولا وكيلَ له، سواء أكانت المسافة قريبة أم بعيدة (رفع) الأمر (إلى الحاكم) ولا يؤخّر لقدومه. وطريقه عند الرفع أن يدَّعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمنٍ معلومٍ قبضه ثم ظهر العيب، وأنه فَسَخَ البيع، ويقيم بينةً بذلك ويحلّفه الحاكم أن الأمر جرى كذلك؛ لأنه قضاء على غائب، ويحكم بالردّ على الغائب، ويُبقي الثمن دينًا عليه، ويأخذ المبيع ويضعه عند عدلٍ، ثم يعطيه القاضي الثمن من مال الغائب، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه. فإن قيل: ذكر الشيخان في باب المبيع قبل قبضه عن صاحب «التتمة» وأقرّاه أن للمشتري بعد فسخه بالعيب حبس المبيع إلى استرجاع ثمنه من البائع، فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن القاضي ليس بخصم فيؤتمن بخلاف البائع. فإن قيل: إطلاق الشيخين الغيبة يشمل قصير المسافة كما تقرَّر مع أن القضاء على الغائب لا يصح فيه، أجيب: بأن هذه المسألة مستثناةٌ من القضاء على الغائب كما قاله السبكي في «شرح المهذب»؛ لأن في تكليفه الخروج عن البلد مشقة وإن قال الأذرعي: «المراد بالرفع إلى الحاكم عند قرب المسافة ليفسخ عنده أو ليطلب الرد بفسخه قبل الحضور إذا أشهد عليه، أما القضاء به وفصل الأمر وبيع ماله فلا بدّ فيه من شروط القضاء على الغائب».

(والأصح أنه يلزمه) أي المشتري (الإشهاد على الفسخ إن أمكنه) ولو في حال عذره؛ كمرض وغيبة وخوف من عدوّ؛ لأن الترك يحتمل الإعراض، وأصل البيع

حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوِ الْحَاكِمِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الإِسْتِعْمَالِ، فَلَوِ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَوْ تَرَكَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا بَطَلَ حَقُّهُ، . . . .

اللزوم فتعين الإشهاد بعدلين كما قاله القاضي حسين والغزالي، أو عدلٍ ليحلف معه كما قاله ابن الرفعة، وهو الظاهر وإن قال الروياني في الشفعة: إنه إن أشهد واحدًا ليحلف معه لم يَجُزْ؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين، فلم يَصِرْ مستوثقًا لنفسه بالإشهاد. وقوله: (حتَّى ينهيه إلى البائع أو الحاكم) يقتضي بقاء وجوب الذهاب، وهو ما اقتضاه كلام الرافعي أيضًا، وليس مرادًا؛ بل المراد ما قاله السبكي رحمه الله تعالى وهو أنه ينفذ الفسخ ولا يحتاج بعده إلى إتيان البائع أو الحاكم إلَّا للتسليم وفصل الخصومة. والثاني: لا يلزمه الإشهاد؛ لأنه إذا كان طالبًا للمالك أو الحاكم لا يُعَدُّ مقصرًا. أما الإشهاد على طلب الفسخ فلا يكفي على الأول كما هو مقتضى كلام الغزالي بخلافه في الشفعة، قال السبكي: «لأنه يمكنه إنشاء الفسخ بحضرة الشهود، وفي الشفعة لا يمكنه إلَّا بأمور مقصودة، فليس المقدور في حقّه إلَّا الإشهاد على الطلب».

(فإن عجز عن الإشهاد) على الفسخ (لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح)؛ إذ يبعد إيجابه من غير سامعٍ أو سامعٍ لا يُعتدُّ به، ولأنه ربما يتعذر عليه ثبوته فيتضرر بالمنع. والثاني: يجب ليبادر بحسب الإمكان ـ وعلى هذا عامة الأصحاب كما قاله المتولّي ـ لقدرته عليه.

(ويشترط) في الرَّدِّ (ترك الاستعمال، فلو استخدم العبد) ولو بشيء خفيفٍ؛ كقوله: «اسقني» ولو لم يَسْقِهِ كما في بعض نسخ «الروضة» الصحيحة، (أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها) وإن كان ملكًا للبائع أو ابتاعه معها كما جرى عليه ابن المقري في «روضه» ولم يحصل بالنزع ضرر، أو ركبها (بطل حقّه) من الرَّدِّ لإشعار ذلك بالرضى. وإنما جعل الترك انتفاعًا؛ لأنه لو لم يتركه على الدابة لاحتاج إلى حمله أو تحميله. وقيل: لا يضر الاستعمال الخفيف؛ كقوله «اغلق الباب»، وعلى الأول لا يضرّ ترك

وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا.

وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ، ....

اللجام والعذار لخفتهما فلا يُعَدُّ تركهما ولا تعليقهما انتفاعًا، ولأن سَوْقَ الدابة يعسر بدونهما.

فائدة: «العِذَارُ» ما على خدّ الدابة من اللجام أو المقود، و«الإكاف» ـ بكسر الهمزة أشهر من ضمّها، ويقال أيضًا: «الوِكاف» بكسر الواو ـ وهو ما تحت البرذعة، وقيل: نفسها، وقيل: ما فوقها.

ولا يضر عَلْفُها وسَقْيها أو حَلْبُها في الطريق إذا حلبها وهي سائرة، فإن حلبها واقفة بطل حقّه كما جزم به السبكي، ونقله في «البحر» عن الأصحاب وإن قال الأذرعي: «فيه وقفة».

تنبيه: أفهم كلام المصنف أن الرقيق لو خدم المشتري وهو ساكت لم يؤثر؛ لأن الاستخدام طلب العمل، وهو متّجه كما قاله الإسنوي، ففي «زوائد الروضة» أنه لو جاءه العبد بكوز فأخذ الكوز منه لم يضرّ؛ لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض، فإن شرب وردّ الكوز إليه فهو استعمال، وأن مجرد الطلب يؤثر وإن لم يوجد العمل وهو ظاهرٌ؛ لدلالة الطلب على الرضا سواء أعمل أم لم يعمل.

(**ويعذر في ركوب جَمُوحٍ**) ـ بفتح الجيم ـ (**يعسر سوقها وقَوْدُهَا**) ـ بسكون الواو ـ للحاجة، فإن لم يعسر لم يعذر في الركوب. وإيغال[1] الدابة في الطريق يسقط الردّ إلَّا إن عجزت عن المشي للعذر. ولو لبس الثوب ثم علم عيبه في الطريق لم يُكلَّفْ نزعه؛ لأنه غير معتاد، بخلاف النزول عن الدابة لأن استدامة الركوب ركوبٌ. ويتعين ـ كما في «المهمات» ـ تصوير عدم النزع في ذوي الهيئات؛ لأن غالب المحترفة لا يمتنعون من ذلك، ويأتي نحوه في النزول عن الدابة.

(**وإذا سقط ردّه بتقصير**) منه (**فلا أرش**) له؛ لأنه هو المُفَوِّتُ بتقصيره.

---

(١) أَوْغَلَ في السَّيرِ إيْغالًا، و«تَوَغَّلَ»: أمعنَ وأسرعَ.
انظر: المصباح المنير، كتاب الواو، مادة «وغل»، ص/ ٦٨٦.

وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَوْ قَنِعَ بِهِ، وَإِلَّا فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدَّ، أَوْ يَغْرَمُ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ وَلَا يَرُدُّ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ، . . . .

[حكم ما لو حدث بالمبيع عيب عند المشتري]

(ولو حدث) بالمبيع (عنده) أي المشتري (عيب) بآفة أو غيرها، لا بسبب وجد في يد البائع كما علم مما مرّ، ثم اطّلع على عيب قديم (سقط الردّ قهرًا) أي الردّ القهري؛ لأنه أخذه بعيب فلا يرده بِعَيْبَيْنِ، والضرَرُ لا يزال بالضرر. ونسيانُ القرآن والحرفة بمثابة العيب لنقصان القيمة. ويستثنى من منع الردّ بحدوث العيب عند المشتري ما لو لم يعلم بالعيب القديم إلَّا بعد زوال الحادث، وما إذا كان العيب هو التزويج وقال الزوج قبل الدخول: «إن ردّك المشتري بعيبٍ فأنت طالق» فله الردُّ لزوال المانع.

(ثم إن رضي به) أي المبيع (البائعُ) معيبًا (ردّه) عليه (المشتري) بلا أرش للحادث، (أو قنع به) بلا أرش عن القديم؛ لأن المانع من الردّ ـ وهو ضرر البائع ـ قد زال برضاه به. (وإلَّا) بأن لم يَرْضَ البائع به معيبًا (فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد أو يغرم البائعُ أرش القديم ولا يردّ) المشتري؛ لأن كلًّا من ذلك فيه جمعٌ بين المصلحتين ورعايةٌ للجانبين.

(فإن اتفقا على أحدهما) في غير الربوي المبيع بجنسه (فذاك) ظاهرٌ؛ لأن الحق لهما؛ أما الربوي المذكور فيتعيَّن فيه الفسخ مع أرش الحادث لما مرَّ فيه من الكلام على هلاك المبيع عند المشتري. فإن قيل: قد مرَّ أن أخذ أرش القديم بالتراضي ممتنع، أجيب: بأنه عند إمكان الردّ يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الردّ وهي لا تُقابل؛ بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عمّا فات من وصف السلامة في المبيع.

ولو زال العيب الحادث بعد أخذ المشتري أرش العيب القديم، أو بعد قضاء القاضي له به ولم يأخذه فليس له الفسخ وردّ الأرش لانفصال الأمر بذلك، فإن زال قبل أخذه له أو قبل قضاء القاضي به للمشتري فسخ ولو بعد التراضي على أخذ الأرش، وإن زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه أو بعده وجب ردّه لزوال المقتضي لأخذه.

وَإِلَّا فَالأَصَحُّ إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الإِمْسَاكَ.

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُذْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ.

(وإلّا) أي وإن بقي العيبان وتنازعا بأن طلب أحدهما الردّ مع أرش الحادث، والآخرُ الإمساكَ مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب الإمساك) مع أرش القديم، سواء أكان هو البائع أم المشتري؛ لما فيه من تقرير العقد. والثاني: يُجاب المشتري مطلقًا لتلبيس البائع عليه، والثالث: يجاب البائع مطلقًا؛ لأنه إما غارمٌ أو آخذٌ ما لم يَرِدِ العقد عليه بخلاف المشتري. هذا كله فيمن يتصرّف لنفسه، أما من يتصرّف لغيره بولاية أو نيابة فإنه يفعل الأَحَظَّ له.

فرع: لو اشترى ثوبًا ثم صبغه، ثم اطّلع على عيبه، فطلب المشتري أرش العيب وقال البائع: «رُدَّ الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ» أجيب البائع وسقط أرش العيب عن المشتري. فإن قيل: هَلَّا أجيب من طلب الإمساك كما في حدوث العيب؟ أجيب: بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئًا، وهناك لو ألزمناه الردَّ وأرش الحادث غَرَّمْنَاهُ لا في مقابلة شيء، فنظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع ردّه بلا أرشِ الحادثِ فإنه لا يجاب به المشتري، وعلى هذا تستثنى هذه الصورة من كلام المصنف. فإن قيل: كلامه في العيب الحادث عند المشتري، والصبغُ في هذه الصورة زيادة في المبيع لا عيب، أجيب: بأن القفّال قد صرّح بأن الصبغ وإن زادت قيمته من العيوبِ كما نقله عنه الأذرعي. هذا كله إذا لم يمكن فصل الصبغ بغير نقصٍ في الثوب، فإن أمكن فصله بغير ذلك فَصَلَهُ وردّ الثوب كما اقتضاه تعليلهم وصرّح به الخوارزمي وغيره.

(ويجب أن يُعْلِمَ المشتري البائعَ على الفور بالحادث) مع القديم **(ليختار)** شيئًا مما مرّ من أخذ المبيع وتركه وإعطاء الأرش. **(فإن أخّر إعلامه)** بذلك من فور الاطلاع على القديم **(بلا عذر فلا ردّ)** له به **(ولا أرش)** عنه؛ كما لو أخّر المشتري الردّ، فلو أخّر وادّعى الجهلَ بفوريّةِ الإعلام بالحادث فهو كما لو ادّعى الجهل بفورية الردّ؛ بل هذا ـ

. . . .

كما قال الأذرعي ـ أَوْلَى؛ لأنه لا يعرفه إلَّا الفقهاء.

تنبيه: لو كان الحادثُ قريبَ الزوال غالبًا كرَمَدٍ وحُمّى ـ عُذر في انتظار زواله في أحد قولين يظهر ترجيحه كما جزم به في «الأنوار»؛ ليردَّ المبيع سالمًا وإن كان قد يُؤخذ من كلام «الشرح الصغير» ترجيح ما يفهمه إطلاق المتن من المنع.

ولو حدث عيب مثل القديم كبياضٍ قديم وحادث في عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان، فقال البائع: «الزائلُ القديم فلا ردَّ ولا أرش»، وقال المشتري: «بل الحادث فلي الردّ»، وحلف كل منهما على ما قاله سقط الردُّ بحلف البائع ووجب للمشتري الأرش بحلفه، وإنما وجب له مع أنه إنما يدَّعي الردّ لتعذر الردّ، فإن اختلفا في قدره وجب الأقل لأنه المُتَيَقَّنُ، ومن نكل منهما عن اليمين قُضي عليه كما في نظائره.

قاعدة: كُلُّ ما يثبت به الردّ على البائع يمنع[1] الردّ إذا حدث عند المشتري، وما لا يثبت به الردّ عليه لم يمنع الردّ إذا حدث عندالمشتري، فتحريم الأَمَةِ الثيّب بوطئها على البائع لكون المشتري ابنه أو أباه لا يمنع الردّ كما لا يثبته، وكذا لا يمنعه إرضاع يحرِّم الصغيرة على البائع؛ كأن ارتضعت من أمه أو ابنته في يد المشتري ثم علم العيب؛ إلَّا في مسائل قليلة يمتنع فيها الردّ وإن كانت لا يثبت فيها الردّ:

منها: الثيوبة في الأَمَةِ في أوانها، فإنه لا يردّ بها مع أنه لو اشتراها بكرًا فوطئها امتنع الردّ.

ومنها: وجود العبد غير قارىءٍ أو عارفٍ لصنعة، فإنه لا يردّ به مع أنه لو اشتراه قارئًا أو عارفًا لصنعة فنسي القرآن أو الصنعة امتنع الردّ.

وإقرار العبد بدَيْن معاملة لم يمنع الردّ، ويمنعه الإقرار بدَيْنِ الإتلاف إن صدقه المشتري فيه وإلَّا فلا. وعفو المجني عليه عند التصديق كزوال العيب الحادث فيأتي فيه ما مرَّ.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «لا يمنع».

وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ؛ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ رَدَّ وَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الأَظْهَرِ، فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ.

[حكم ما لو حدث في المبيع عيبٌ لا يعرف القديم إلا به]

(ولو حدث عيب لا يُعرف القديمُ إلَّا به ككسر بيض) لنَعَامٍ، وقد يعرف بالقلقلة. (و) ثقب (رَانِجٍ) وهو ـ بكسر النون ـ الجوز الهندي. (وتقوير بِطيخ) ـ بكسر الباء الموحَّدة أفصح من فتحها، ويقال فيه: «طبيخ» بتقديم الطاء ـ (مُدَوِّدٍ) ـ بكسر الواو ـ بعضه (ردّ) ما ذكر قهرًا، (ولا أرش عليه) للحادث (في الأظهر)، وكذا كل ما كان مأكوله في جوفه؛ كالرمان والجوز واللوز؛ لعذره في تعاطيه لاستكشاف العيب كما في المُصراة، ولا أرش عليه بسببه لذلك وكان البائع بالبيع سلّطه عليه. والثاني: يردّ، ولكن يَرُدُّ معه الأرشَ رعاية للجانبين، وهو ما بين قيمته صحيحًا معيبًا ومكسورًا معيبًا، ولا نظر إلى الثمن. والثالث: لا يردّ أصلًا كما في سائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش القديم، أو يغرم أرش الحادث إلى آخر ما تقدم. أما ما لا قيمة له كالبيض المَذِرِ والبطيخ المدوّد كله أو المعفّن فيتعيَّن فيه فساد البيع؛ لوروده على غير متقوِّمٍ، ويلزم البائع تنظيف المكان منه.

تنبيه: قوله: «ورانج» يوهم عطفه على «كَسْر» مع أنه إذا كسر امتنع الردّ، فكان حقّه أن يقول: «وثقب رانج» كما قدرته في كلامه.

وخرج بـ«بيض النعام» بيض الدجاج ونحوه فإنه لا قيمة لِمَذِرِهِ بعد كسره فلا يتأتّى فيه الأرش.

(فإن أمكن معرفة القديم بأقلَّ مما أحدثه) المشتري كالتقوير الكثير المستغنَى عنه بالصغير، وكشقّ الرمان المشروط حلاوته لإمكان معرفة حموضته بالغرز، وكتقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه (فكسائر العيوب الحادثة) فيما تقدم فيها.

ولو أطلق بيع الرمان لم يقتض حموضة ولا حلاوة، فلا تكون حموضتُهُ عيبًا؛ قاله القاضي حسين.

فرعٌ [في حكم تفريق الصَّفقة بالعيب]

اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا، وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا لَا الْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الأَظْهَرِ، . . . .

فرع: لو بان العيبُ وقد أَنْعَلَ الدابةَ ونَزْعُ النعل يعيبها فبنزعه بطل حقّه من الرَّدِّ والأرش؛ لقطعه الخيار بتعييبه بالاختيار، وإن سلّمها بنعلها أُجبر البائع على قبول النَّعل؛ إذْ لا مِنَّةَ عليه فيه ولا ضرر، وليس للمشتري طلب قيمتها فإنها حقيرة في معرض رد الدابة، فلو سقطت استردها المشتري؛ لأن تركها إعراض لا تمليك. وإن لم يعيبها نَزْعُهَا لم يجبر البائع على قبولها؛ بخلاف الصوف يُجبر على قبوله كما قاله القاضي؛ لأن زيادته تشبه زيادة السِّمَنِ بخلاف النعل فينزعها. فإن قيل: قد مرَّ أن الإنعال في مُدَّةِ طلب الخصم أو الحاكم يضرّ فهلّا كان هناك كذلك؟ أجيب: بأن ذلك اشتغال يشبه الحمل على الدابة وهذا تفريغ، وقد ذكر القاضي أن اشتغاله بجزّ الصوف مانع له من الرَّدِّ؛ بل يردّ ثم يَجُزُّ.

فرعٌ [في حكم تفريق الصَّفقة بالعيب]

لا يردّ بعض المبيع في صفقة بالعيب قهرًا وإن زال الباقي عن ملكه للبائع وفاقًا لما جزم به المتولّي والسبكي والبغوي؛ لأنه وقت الرَّدِّ لم يَرُدَّ كما تَمَلَّكَ، خلافًا لما في «تعليق القاضي» من أن له الردّ؛ إذ ليس فيه تبعيض على البائع أو كان المبيع مثليًا؛ بناءً على أن المانع اتحاد الصفقة وهو المعتمد، خلافًا لبعض المتأخرين بناءً على أن المانع ضرر التبعيض.

ولو (اشترى عبدين)، أو ما في معناهما من كل شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر (معيبين) من واحدٍ (صفقة) ولم يعلم عيبهما (ردّهما) بعد ظهوره لوجود المقتضي لردّهما، ويجري في ردّ أحدهما دون الآخر الخلاف المذكور في قوله: (ولو ظهر عيب أحدهما) دون الآخر (ردّهما لا المعيب وحده) قهرًا (في الأظهر)؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة، فإن رضي البائع بذلك جاز. وسبيل التوزيع بتقديرهما سليمين وتقويمهما؛ أي سليمين، ويقسط الثمن المسمّى عليهما. والثاني:

وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدَ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلِأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الأَظْهَرِ.

له رَدُّهُ وأخذُ قسطه من الثمن لاختصاصه بالعيب.

تنبيه: أشار بقوله: «عبدين» إلى أن محلّ الخلاف في شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر كما مرَّ، أما ما تتصل منفعة أحدهما بالآخر ـ كمصراعي باب وزَوْجَي خُفّ ـ فلا يردّ المعيب منهما وحده قهرًا قطعًا.

(ولو) تعددت الصفقة بتعدد البائع؛ كأن (اشترى عبد رجلين معيبًا) أو بتفصيل الثمن؛ كأن اشترى عبدين كل واحد منها بمائة (فله) في الأُولى (رد نصيب أحدهما)، وله في الثانية رد أحدهما. أو بتعدد المشتري؛ كما قال: (ولو اشترياه) أي اثنان عبدَ واحدٍ كما في «المحرر» (فلأحدهما الرَّدُّ) لنصيبه (في الأظهر)؛ لأنه رَدَّ جميع ما ملكه من المردود عليه.

تنبيه: ظاهر عبارة المصنف أن الضمير في «اشترياه» يعود على عبد الرجلين لولا ما قدَّرْتُهُ، وحينئذ فيكون هذا البيع في حكم أربع عقود، ويكون كل واحد منهما مشتريًا للربع من هذا والربع من ذاك؛ حتى يردّ على من شاء منهما الربع، وهو صحيح من حيث الحكم لا من حيث الخلاف؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعًا وبتعدد المشتري في الأظهر كما تقدم، وحينئذ يتعين إعادة الضمير في كلام المصنف على المبيع من رجل واحد.

ولو اشتراه واحد من وكيل اثنين أو من وكيلي واحدٍ جاء الخلاف في أن العبرة بالوكيل أو الموكِّل، وقد مرَّ في تفريق الصفقة. ولو اشترى ثلاثةٌ من ثلاثةٍ فَكُلُّ مشترٍ من كُلٍّ تسعةٌ، وضابط ذلك: أن تضرب عدد البائعين في عدد المشترين عند التعدّد من الجانبين، أو أحدهما عند الإنفراد في الجانب الآخر، فما حصل فهو عدد العقود. ولو اشترى بعضَ عبدٍ ثم علم العيب بعدما تعذّر ردّه ـ كأن خرج عن ملكه أو رهنه ـ ثم اشترى باقيه ثم عاد إليه البعض الأول كان له ردُّه دون الثاني؛ لأنه اشتراه عالمًا بعيبه.

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ . . . .

[الاختلاف بين المتعاقدين في العيب]

(ولو اختلفا في قدم العيب) وحدوثه؛ كأن قال كلٌّ للآخر: «حَدَثَ عِنْدَك» ودعواهما فيه ممكنة؛ بأن احْتُمل قِدَمُهُ وحُدُوثُهُ كبرص (صُدق البائع)؛ لأن الأصل عدم العيب (بيمينه)؛ لاحتمال صدق المشتري، فالبائع يدّعي الحدوث، ويُتَصَوَّرُ أن يدعي قِدَمَهُ، وهو فيما إذا باع الحيوان بشرط البراءة من كل عيب، والحكم فيها كالأوَّل على الظاهر، وقيل: المصدق في هذه المشتري. وإذا صدقنا البائع بيمينه في الأولى لا يثبت بيمينه حدوث العيب مطلقًا؛ لأنها صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشتري، فلو فسخ البيع مثلًا بتحالف بعد ذلك لم يكن له أرش العيب وللمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث؛ قاله القاضي والإمام والغزالي. أما ما لا يحتمل حدوثه بعد البيع كأصبع زائدة وشَيْنِ شَجّةٍ مندملةٍ وقد جرى البيع أمسِ، أو لا يحتمل قدمه كشجّة طريّة وقد جرى البيع والقبض من سنةٍ مثلًا فالقول قول المشتري في الأُولى وقول البائع في الثانية بلا يمين فيهما.

تنبيه: لو باعه عصيرًا وسلّمه إليه فوجد في يد المشتري خمرًا فقال البائع: «عندك صار خمرًا» وقال المشتري: «بل عندك كان خمرًا» وأمكن كلّ من الأمرين؛ صُدِّق البائع بيمينه لموافقته للأصل من استمرار العقد.

ويستثنَى من كلامه مسألتان:

الأولى: ما لو ادَّعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادّعى حدوث الآخر في يد المشتري كان القول قول المشتري؛ لأن الرد يثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل بالشك كما نقله ابن الأستاذ في «شرح الوسيط» عن النَّصِّ، قال ابن الرفعة: ولا بدّ من يمين المشتري، فإن نكل لم تُرَدَّ على البائع؛ لأنها إنما تُرَدُّ إذا كانت تُثبت للمردود عليه حقًّا ولا حَقَّ له هنا، ولكن لا يثبت للمشتري الردّ.

الثانية: لو اشترى شيئًا غائبًا وكان قد رآه وأبرأ البائعَ من عيب به ثم أتاه به فقال المشتري: «قد زاد العيبُ» وأنكر البائع، فإن القول قول المشتري على الأصحّ

عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ.

وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسِّمَنِ تَتْبَعُ الأَصْلَ، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالأُجْرَةِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ،

المنصوص؛ لأن البائع يدّعي عليه علمه بهذه الصفة فلم يُقْبَلْ؛ كادعائه اطلاعه على العيب؛ ذكراه في بيع الغائب.

ولو اختلفا في وجود العيب أو صفته هل هي عيب أو لا؟ صُدّق البائعُ بيمينه؛ لأن الأصل عدم العيب ودوام العقد، هذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما، فإن عُرف من غيرهما فلا بدّ من قول عدلين عارفين بذلك كما جزم به القاضي وغيره وتبعهم ابن المقري، وقيل: يكفي كما قاله البغوي، ولم يرجح الشيخان شيئًا من المقالتين.

وإذا حلف البائع يحلف (على حَسَبِ) ـ بفتح السين ـ أي مثل (جوابه)، فإن قال في جوابه: «ليس له الرَّدُّ عليَّ بالعيب الذي ذكره» أو «لا يلزمني قبوله» حلف على ذلك، ولا يكلف في الجواب التعرّض لعدم العيب وقت القبض؛ لجواز أن يكون المشتري علم العيب ورضي به، فلو قال البائع: «علم المشتري العيب ورضي به» كُلِّف البينةَ على ذلك. وإن قال في جوابه: «ما أقبضته وبه هذا العيب» أو «ما أقبضته إلَّا سليمًا من العيب» حُلّف كذلك. ولا يكفي في الجواب والحلف: «ما علمت به هذا العيب عندي». ويجوز الحلف على البتّ اعتمادًا على ظاهر السلامة إذا لم يعلم أو يظنّ خلافه. ولو ادّعى البائع علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الردّ فالقول قول المشتري، قال الدارمي: هذا إذا كان مثل العيب يَخْفَى على المشتري ـ أي عند الرؤية ـ فإن كان لا يخفى ـ كقطع أنفه أو يده ـ فالقول قول البائع.

[حكم الرَّدِّ بالعيب مع وجود الزيادة المتصلة أو المنفصلة في المبيع]

(والزيادة المتّصلة) بالمبيع أو الثمن؛ (كالسِّمَنِ) وكبر الشجرة وتعلم الصنعة والقرآن (تتبع الأصل) في الردّ؛ لعدم إمكان إفرادها، ولأن الملك قد تجدّد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد. (والمنفصلة) عينًا ومنفعة؛ (كالولد والأجرة)، وكسب الرقيق، والركاز الذي يجده، وما وهب له فَقَبِلَهُ وقبضه، وما وُصِّيَ له به فقبله، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة (لا تمنع الردّ) بالعيب؛ عملًا بمقتضى العيب، نعم وَلَدُ الأَمَةِ الذي لم يميز يمنع الردّ؛ لحرمة التفريق بينهما على الأصح

وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الأَصَحِّ. وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الأَظْهَرِ. . . . .

المنصوص؛ خلافًا لما جرى عليه ابن المقري هنا، وتقدم في المناهي التنبيه عليه.

(وهي) أي الزيادة المنفصلة من المبيع (للمشتري) ومن الثمن للبائع (إن رَدَّ) المبيع في الأُوْلَى، والثمن في الثانية (بعد القبض) سواء أحدث بعد القبض أم قبله؛ لما رُوي: أن رجلًا ابتاع من آخر غلامًا فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيبًا، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه، فقال: يا رسول الله قد استعملَ غُلامي، فقال: «الخَرَاجُ بالضَّمَانِ» رواه الترمذي وحسّنه والحاكمُ وصحَّحه، ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه، وقيس على المبيع الثمنُ. فإن قيل: المغصوب والمبيع قبل قبضه لو تلف تحت ذي اليد ضمنه وليس له خراجه، أجيب: بأن الضمان هنا معتبر بالملك؛ لأنه الضمان المعهود في الخبر، ووجوب[1] الضمان على ذي اليد فيما ذكر ليس لكونه ملكه؛ بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمنٍ.

(وكذا) إن ردّه (قبله في الأصح)؛ بناءً على أن الفسخ يرفع العقد من حينه، وهو الأصح، ومقابله مبني على أنه يرفعه من أصله.

تنبيه: إنما جمع المصنف في التمثيل بين الأجرة والولد لِيُعَرِّفَكَ أنه لا فرق في عدم امتناع الردّ بين أن يكون من نفس المبيع كالولد أم لا كالأجرة، خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا كان من نفس المبيع. وإنما مَثَّلَ للمتولد من نفس المبيع بالولد بخلاف الثمرة وغيرها لِيُعَرِّفَكَ أنها تبقى له وإن كانت من جنس الأصل خلافًا لمالك؛ قاله الإسنوي، قال: «وهو من محاسن كلامه».

(ولو باعها) أي الجارية أو البهيمة، (حاملًا) وهي معيبة مثلًا (فانفصل) الحمل (ردّه معها) إن لم تنقص بالولادة (في الأظهر)؛ بناءً على أن الحمل يُعْلَمُ ويقابل بقسط من الثمن. والثاني: لا، بناءً على مقابله. أما إذا نقصت بالولادة فإنه يمتنع عليه الردّ قهرًا كسائر العيوب الحادثة، نعم إن جهل الحمل واستمر إلى الوضع فله الردّ لما مرّ أن

---

(١) في المخطوط: «ووجود».

وَلَا يَمْنَعُ الرَّدَّ الِاسْتِخْدَامُ وَوَطْءُ الثَّيِّبِ. وَاقْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ،

الحادث بسبب متقدِّمٍ كالمتقدِّمِ. ولو انفصل قبل القبض فللبائع حبسه لاستيفاء الثمن، وليس للمشتري بيعه قبل القبض كأمه. واحترز بقوله: «فانفصل» عمّا إذا لم ينفصل فإنه يردّها كذلك. ولو حدث الحمل في ملكه لم يتبع في الردّ؛ بل هو له يأخذه إذا انفصل، وعليه قال الماوردي وغيره: «وله حبس أَمَةٍ حتى تضع». انتهى. وحدوث حمل الأَمَةِ بعد القبض يمنع الردّ قهرًا إن نقصت به. والطَّلْعُ كالحمل، والتأبيرُ كالوضع، فإذا اشترى نخلة عليها طَلْعٌ غير مؤبَّر وعلم عيبها بعد التأبير فالصحيح أنها على القولين.

والصوفُ الموجود عند العقد يردّ مع الأصل وإن جزَّه لأنه جزء من المبيع، ويردّ أيضًا الحادث بعد العقد ما لم يُجَزَّ، فإن جُزَّ لم يردَّ كالولد المنفصل، وهذا ما في «فتاوى القاضي»، وجرى عليه الخوارزمي وجزم به في أصل «الروضة»، ولكن كان قياس الحمل أن ما لم يجزّ لا يُرَدُّ أيضًا، وبه جزم القاضي في «تعليقه» وألحق به اللبن الحادث، والأوّل وإن وُجِّهَ بأنه كالسِّمَنِ فالثاني ـ كما قال شيخنا ـ أَوْجَهُ، وعليه اقتصر ابن الرفعة، وقال البلقيني: «إنه الأصوب». والحادث من أصول الكُرَّاثِ ونحوه التابعة للأرض في بيعها للمشتري؛ لأنه ليس تبعًا للأرض؛ ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه.

[حكم الرَّدِّ بعد وطء الثيِّب أو اقتضاض البكر]

(ولا يمنع الرَّدَّ الاستخدامُ) إجماعًا (و) لا (وطء الثيب) أو الغوراء[1] مع بقاء بكارتها من مشترٍ أو غيره وإن حرمت بالوطء على البائع؛ كوطء أصله أو فرعه كما مرّت الإشارة إليه؛ لأنه إلمامٌ من غير إيلام فلا يمنع الردّ كالاستخدام، هذا إذا وطئها المشتري أو غيره بشبهة أو مُكْرَهَةً، أما إذا كانت زانيةً فهو عيب حادث يمنع الردّ إذا كان بعد القبض.

(واقتضاض البكر) ـ بالقاف ـ أي زوال بكارتها من المشتري أو غيره ولو بوثبة، ولو عبَّر به كان أَوْلَى ليشمل ما ذكر. (بعد القبض نقصٌ حدث)، فيمنع الردّ كسائر العيوب

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «العور».

وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

الحادثة؛ إلَّا إن كان بزواج سابق كما مرَّ. (**وقبله جناية على المبيع قبل القبض**)، فيفصل فيه بين الأجنبي والبائع والمشتري والآفة السماوية، فإن كان من المشتري فلا ردَّ له بالعيب واستقرّ عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها، فإن قبضها لزمه الثمن بكماله، وإن تلفت قبل قبضها لزمه قدر النقص من الثمن، أو كان من غيره وأجاز هو البيع فله الردّ بالعيب. ثم إن كان زوالها من البائع أو بآفة أو بزواج سابق فَهَدَرٌ، أو من أجنبي فعليه الأرشُ إن زالت بلا وطء أو بوطء زنا منها، وإلَّا لزمه مهر بِكْرٍ مثلها بلا إفراد أرشٍ ويكون للمشتري؛ لكنه إن ردّ بالعيب سقط منه قدر الأرش، وما ذكر من وجوب مهر بِكْرٍ هنا لا يخالف ما في الغصب والديات من وجوب مهر ثَيِّبٍ وأرش بكارة؛ لأن ملك المالك هنا ضعيف فلا يحتمل شيئين بخلافه ثَمَّ، ولهذا لم يفرقوا ثَمَّ بين الحُرَّةِ والأَمَةِ، ولا ما في آخر البيوع المنهيّ عنها في المبيعة بيعًا فاسدًا من وجوب مهر بكرٍ وأرش؛ لوجود العقد المختلف في حصول الملك به ثَمَّ كما في النكاح الفاسد بخلافه فيما ذكر؛ أي فإنّ فَاسِدَ كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، وأرش البكارة مضمون في صحيح البيع، فيجب أرش بكارة في البيع الفاسد كما يجب في البيع الصحيح، ولا يجب في النكاح الفاسد كما لا يجب في صحيحه؛ لأن المشتري لو أزال بكارتها بوطء أو غيره في البيع الصحيح ثم اطّلع على عيب لم يكن له الردّ بغير أرش البكارة، ولو أزالها بأصبعه في النكاح الصحيح ثم طلّقها لا شيء عليه، فالتشبيه من حيث أن فاسد كل عقد كصحيحه لا أن النكاح الفاسد فيه أرشُ بكارةٍ كما قد يتوهم.

تتمة: من علم في السِّلعة عيبًا لم يَحِلَّ له أن يبيعها حتى يبيّنه حذرًا من الغش؛ لخبر الشيخين: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»(١)، ولحديث: «المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيْهِ شَيْئًا يَعْلَمُ بِهِ عَيْبًا إِلَّا بَيَّنَهُ»(٢)؛ أي فيجب على البائع أن يُعْلِمَ المشتري

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبيِّ ﷺ: «من غشَّنا فليس منَّا» / ٢٣٨/. والترمذي في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغشِّ في البيوع / ١٣١٥/. وابن ماجه، أبواب التجارات، باب النهي عن الغشِّ / ٢٢٢٥/.

(٢) أخرجه ابن ماجه، أبواب التجارات، باب من باع عيبًا فليبيِّنه / ٢٢٤٦/. والحاكم في «المستدرك»، =

. . . .

بالعيب، ولو حدث بعد البيع وقبل القبض فإنه من ضمانه؛ بل وعلى غير البائع إذا علم بالعيب أن يُبيِّنَهُ لمن يشتريه سواء أكان المشتري مسلمًا أم كافرًا؛ لأنه من باب النُّصْح، وكالعيب في ذلك كلُّ ما يكون تدليسًا.

[ثالثًا: ما يظنُّ حصوله بالتَّغرير الفعليِّ]

ثم شرع في **الأمر الثالث** ـ وهو ما يظن حُصَوِّله بالتغرير الفعليِّ ـ مُصَرِّحًا بحكمه فقال:

* * *

---

* كتاب البيوع / ٢١٥٢/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط البخاريِّ ومسلم.

٨ ـ فصلٌ [في التَّصرية]

التَّصْرِيَةُ حَرَامٌ ....

فصلٌ [في التَّصرية][1]

(التَّصرية)وهي أن يترك[2] البائع حَلْبَ الناقة أو غيرها عمدًا[3] مُدَّةً قبل بيعها ليوهم المشتري كثرة اللبن[4]. (حرامٌ)؛ للتدليس على المشتري، ولخبر الصحيحين: «لَا تُصَرُّوا[5] الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا[6] بَعْدَ ذَلِكَ ـ أي النهي[7] ـ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا؛ إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا[8] رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ[9]»(*)، وقيس

---

(١) فيه مسامحةٌ؛ إذ ما يظنُّ حصوله بالتغرير الفعلي هو كثرة اللبن لا التصرية؛ إذ التصرية هي التغرير الفعليُّ.

(٢) أي شرعًا، وأمَّا لغةً: فهي أن تربط حِلمة الضرع ليجتمع اللَّبَنُ.

(٣) ليس بقيدٍ؛ لأنَّ العلَّة في ثبوت الخيار حصول الضرر.

(٤) نعم لو دَرَّ اللبن على الحَدِّ الذي أشعرت به التصرية فلا خيار كما هو الأوجه. انتهى «شرح م ر».
قوله: «نعم لو رَدَّ اللبن» أي ودام مدةً يغلب فيها على الظَّنِّ أن كثرة اللبن صارت طبيعة لها، أما لو دَرَّ نحو يومين ثم انقطع لم يسقط الخيار؛ لظهور أن اللبن في ذينك لعارضٍ فلا اعتبار به؛ «ع ش».

(٥) بضمِّ التاء وفتح الصاد ونصب الإبل من التصرية، وهي الجمع؛ أي لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها حتى يعظم ضرعها، فيظن أن كثرة اللبن عادة مستمرَّة.

(٦) أي اشتراها.

(٧) مفهومه: أنه لو وقع بيعٌ قبل النهي للمصرَّاة ثم علم بتصريتها المشتري بعد ورود النهي أنه لا خيار له، ولعله غير مرادٍ، وأنه إنما قيد بـ«بعد النهي» إشارة إلى أن ما ورد من ذلك قبل النهي لا إثم فيه؛ «ع ش».

(٨) بابه طَرِبَ «مختار»؛ يدل عليه قوله تعالى: ﴿أَن سَخِطَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ﴾ [المائدة: ٨٠] وقوله: ﴿يَسۡخَطُونَ﴾ [التوبة: ٥٨]؛ إلا أن يفرق بين اللازم والمتعدي. قال «ح ل»: وكان القياس عدم الرَّدِّ؛ لأن اللبن يقابله قسط من الثمن فهو بعض المعقود عليه وقد تلف.

(٩) الواو عاطفة للصاع على الضمير في «رَدَّهَا»، ويجوز أن تكون مفعولًا معه، ويعكر عليه قول جمهور النحاة: إن شرط المفعول معه أن يكون فاعلًا، ورُدَّ: بأنه ليس بشرط بدليل: «سرتُ والنيل»، فإن قيل: التعبير بالرَّدِّ في المصراة واضح، فما معنى التعبير بالرَّدِّ في الصاع؟ فالجواب أنه مثل قول=

تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ، وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ....

بالإبل والغنم غيرُهما بجامع التدليس. و«تُصِرُّوا» بوزن «تُزَكّوا»[(١)]، من «صَرَّ الماءَ في الحوض» جمعه، وتسمَّى المُصَرَّاةُ «المُحَفَّلَةَ» أيضًا ـ بحاء مهملة وفاء مشدَّدة ـ من «الحَفْلِ» وهو الجمع، ومنه قيل للجمع: «مَحفلٌ» بفتح الميم.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في التحريم بين أن يقصد البيعَ أم لا، وبه صرّح صاحب «التتمة»، وعلّله: بأنه مضر للحيوان، وتعليل الرافعي بالتدليس يقتضي اختصاصه بما إذا أراد البيع، وبه صرَّح الدارمي، وهو محمول على ما لم يحصل به ضرر.

(تُثبت الخيار) للجاهل بها إذا علم بها بعد ذلك للخبر السابق[(٢)]، وهو (على الفور) كخيار العيب، (وقيل: يمتد ثلاثة أيام) من العقد ولو مع العلم بها؛ لخبر مسلم: «مَنِ

= الشاعر:

علفتهـــا تبنًـــا ومـــاء بـــاردًا ....

مجازًا عن فعلٍ شاملٍ للأمرين؛ أي ناولتها، فيحمل الرَّدُّ في الحديث على نحو هذا التأويل. انتهى «شوبري». بأن يؤول «رَدَّ» بدفع. قال البابلي: فإن قلنا: إنه مفعول معه وجب ردُّ الصاع فورًا، وإن قلنا: إنه معطوف لا يجب رده فورًا. وعبارة «ع ش» على «م ر»: يصحُّ أن يكون مفعولًا معه وأن يكون مفعولًا بفعلٍ محذوف، والتقدير: «ودفع صاعًا»، فعلى الأول يجب رَدُّ الصاع فورًا بخلافه على الثاني، ولعل وجهه أنه إذا جعل مفعولًا معه اقتضى أن ردَّ الصاعِ مصاحب لِرَدِّ المصراة ورَدُّهَا فوري، فيكون رَدُّ الصاع فوريًا مع أن المقرر أنه ليس بفوري، فالثاني أَوْلَى أو متعين بناء على ما ذكر من أن الأول يقتضي وجوب الفورية في رَدِّ الصاع؛ «ع ش» على «م ر» ملخصًا. ولو اشترى أربعةً مصراةً فهل يجب على الجميع صاع، أو على كلِّ أحد صاع؟ فيه تردُّدٌ، والراجح أنه يجب على كلِّ واحد صاع؛ لأنه يصدق على كُلٍّ واحد أنه شارٍ. انتهى «بابلي»، فالراجح أنه يتعدد بتعدد المشتري وكذا بتعدد البائع؛ «ع ش» على «م ر».

انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، فصلٌ في خيار العيب وما يذكر معه، (٢/ ٣٢٢ـ٣٢٣).

(*) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل والبقر والغنم وكلَّ مُحفَّلة / ٢٠٤١/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة / ٣٨٣٥/ .

(١) أي فأصله «تصريوا» مثل «تزكيوا» فأعِلَّ بحذف الياء للساكنين بعد حذف حركتها للثِّقل.

(٢) انظر الحديث السابق مع تخريجه.

فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ، وَقِيلَ: يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ. . . . .

اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»[١]، وهذا ما نصّ عليه الشافعي رحمه الله تعالىٰ في «الإملاء» كما نقله الروياني، وصحّحه جمع كثيرٌ من الأصحاب، وقال ابن دقيق العيد في «شرح العدّة»: «إنه الصواب»، وأجاب القائلون بالأول عن الحديث: بأنه محمولٌ على الغالب؛ إذ التصرية لا تظهر غالبًا فيما دون الثلاث؛ لإحالة نقص اللبن قبل تمامها على اختلاف العلف أو المأوى أو تبدّل الأيدي أو غير ذلك.

تنبيه: قضية كلام المصنف عدم ثبوت الخيار إذا ترك حلبها ناسيًا أو تحفّلت بنفسها ـ وبه قطع الغزالي و«الحاوي الصغير» ـ لعدم التدليس، والمعتمد ثبوته ـ كما صححه البغوي وقطع به القاضي ـ لحصول الضرر.

ولو زاد اللبن بقدر ما أشعرت به التصرية واستمر فلا خيار لزوال المقتضي له.

[ما يلزم المشتري إذا علم بالتصرية بعد الحلب وأراد أن يردَّ المصرَّاة]

وإذا علم المشتري بالتصرية بعد الحلب وأراد ردَّها: (فإن رَدَّ) ها (بعد تلف اللبن)، أو لم يتراضيا على ردّه (ردّ معها صاع تمر) ـ وإن زادت قيمته على قيمتها ـ بدل اللبن الموجود حالة العقد للخبر السابق[٢]، والعبرة بغالب تمر البلد كالفطرة.

تنبيه: قوله: «بعد تلف اللبن» يقتضي أنه لا يجب ردّ الصاع بعد الحلب وقبل التلف، وليس مرادًا، فإنه إذا كان اللبن موجودًا وطلب البائع ردّه لم يُجبر المشتري عليه؛ لأن ما حدث منه بعد البيع ملكٌ له، وإن طلبه المشتري لم يكلَّف البائع قبوله وإن لم يتغير لذهاب طراوته، فلو عبّر بقوله: «بعد الحلب» كان أَوْلى واستغنى عمّا قدرته في كلامه.

فإن علم بها قبل الحلب ردّها ولا شيء عليه.

(وقيل: يكفي صاع قوت)؛ لأنه ورد في روايةٍ ذِكْرُ التمر[٣] كما مرَّ، وفي رواية ذِكْرُ

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة / ٣٣٢/ .

(٢) انظر الحديث الذي أخرجه الشيخان في هذا الفصل.

(٣) انظر الحديث الأول الذي أخرجه الشيخان في هذا الفصل.

. . . .

الطعام كما رواه الترمذي[١] وصحّحه، وفي رواية ذكر القمح رواه أبو داود[٢]، فدلّ ذلك على اعتبار القوت مطلقًا، وعلى هذا هل يتخير بين الأقوات أو يتعين الغالبُ؟ كلامُ المصنف يقتضي الأول، وهو وجه، والأصح الثاني. وعلى تَعَيُّنِ التمر لو تراضيا بغير صاع تمر من مثليّ أو متقوِّم جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما؛ بل الظاهر ـ كما قال الزركشي ـ أنهما لو تراضيا على الردّ بغير شيء جاز. فإن قيل: لِمَ تَعَيَّنَ التمر هنا ولم يجز العدول عنه إلى غيره بغير رضا وإن كان أعلى منه في القيمة والاقتيات بخلاف الفطرة؟ أجيب: بأن المقصود هنا قطع النزاع مع ضرب تعبُّد، والمقصود في الفطرة سدّ الخَلَّةِ. فإن تعذّر عليه التمر فقيمته بالمدينة كما نقله الشيخان عن الماوردي وهو أحد الوجهين له، وجرى عليه ابن المقري، وهو المعتمد[٣]، والوجه الآخر: قيمته في أقرب بلاد التمر إليه، وصحّحه السبكي والأذرعي وغيرهما. ولو اشترى مُصَرَّاةً بصاع من تمر ردَّها وصاع تمر إن شاء واستردّ صاعه؛ قال القاضي وغيره: «لأن الربا لا يؤثر في الفسوخ»، ولو تعددت المصرّاة في عقد تعدّد الصاع بعددها كما نصَّ عليه. ولو تعدّد العقد بتعدّد البائع أو المشتري أو بتفصيل الثمن ورُدَّ البعض بعيب هل يتعدّد الصاع؟ لم أَرَ من تعرّض له، والذي يظهر تعدّده لأنهم قالوا: «إنه لا فرق بين قلة اللبن

---

(١) أخرجه الترمذي في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في المصرّاة /١٢٥٢/ عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «من اشترى مصرّاة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردَّها ردَّ معها صاعًا من طعام لا سمراء».
قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب من اشترى مصرّاة فكرهها /٣٤٤٦/ عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من ابتاع محفَّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردَّها ردَّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحًا».
قال المنذري: وأخرجه ابن ماجه، وقال الخطابي: وليس إسناده بذلك، والأمر كما قال رضي الله عنه، فإن جميع بن عمير ـ أحد رجال الحديث ـ قال ابن نمير: هو من أكذب الناس. وقال ابن حبّان: كان رافضيًا يضع الحديث.

(٣) قوله: «وهو المعتمد» ليس في نسخة البابي الحلبي.

وَالأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ، وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ؛ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ وَالْجَارِيَةَ وَالأَتَانَ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ.

وكثرته». ولو رضي بعيب التصرية بعد الحلب ثم وجد بها عيبًا آخر فالمنصوص أنه يردّها مع بدل اللبن، وكذا لو ردّ غير المصرّاة بعد حلبها بعيب فإنه يردّ معها صاع تمر بدل اللبن كما جزم به البغوي وصحّحه القاضي وابن الرفعة، وقيل: لا يردّ؛ لأنه قليلٌ غير معتنًى بجمعه بخلافه في المُصرّاة.

(والأصح أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن) وقلته؛ لظاهر الخبر وقطعًا للخصومة بينهما؛ كما لا تختلف غُرَّةُ الجنين باختلاف ذكورته وأنوثته، ولا أرش الموضحة مع اختلافها في الصغر والكبر. والثاني: يختلف، فيقدر التمر أو غيره بقدر اللبن، فقد يزيد على الصاع وقد ينقص عنه.

[ما يكون فيه خيار المُصرّاة]

(و) الأصح (أن خيارها) أي المُصرّاة (لا يختص بالنَّعَمِ)، وهي الإبل والبقر والغنم؛ (بل يعمُّ كلَّ مأكول) من الحيوان (والجارية والأتان) - بالمثناة - وهي الأنثى من الحمر الأهلية؛ لأنه قد ورد في رواية مسلم: «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً»[١]، وفي رواية للبخاري: «مَنِ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً»[٢]، ولأن لبنها مقصود للتربية. والثاني: مختصّ بالنَّعَمِ؛ لأن غيرها لا يقصد لبنه إلَّا على ندور[٣]. (ولا يردّ معهما شيئًا» بدل اللبن؛ لأن لبن الجارية لا يعتاض عنه غالبًا، ولبن الأتان نجس لا عوض له.

(وفي الجارية وجه) أنه يردُّ معها بدل لبنها؛ لأنه كلبن النَّعَمِ في صحة أخذ العوض عنه، وعلى هذا هل يردُّ بدله صاع تمر أو قيمته من تمر أو قوت آخر؟ وجهان في

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصرّاة / ٣٨٣٠/ بلفظ: «من اشترى شاةً مصرّاة...» الحديث.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفّل الإبل والبقر والغنم وكل محفَّلةٍ / ٢٠٤٢/ بلفظ: «من اشترى شاةً محفَّلةً...» الحديث، من كلام عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه.

(٣) في نسخة البابي الحلبي: «نذور».

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ ....

«النهاية»، وظاهر كلام المتن الأول، وأن هذا الوجه لا يجري في الأتان، وطَرَدَهُ الإصطخري فيها لأنه عنده طاهرٌ مشروبٌ، وظاهر كلامهم أن ردّ الصاع جاز في كل مأكول، قال السبكي: «وهو الصحيح المشهور»، واستبعده الأذرعي في الأرنب والثعلب والضبع ونحوها.

[بعض صور التدليس المثبتة للخيار]

(وحبس ماء القناة[١] و) ماء (الرَّحَى) الذي يديرها للطحن (المرسل) ماء كُلٍّ منهما (عند البيع، وتحمير الوجه[٢])، وإرسال الزنبور عليه ليظن بالجارية السِّمَنُ، (وتسويد الشعر وتجعيده[٣]) الدالُّ على قوة البدن، وهو الذي فيه التواء وانقباض، لا المفلفل

---

(١) انظر لو انحبس بنفسه هل يثبت فيه الخيار أم لا؟ فيه نظر، والأقرب الأول قياسًا على التصرية، ويوجَّه: بأن الغالب تعهد ذلك من المالك للانتفاع به إما بنفسه أو بنائبه.

(٢) وتوريمه ووضع نحو قطن في شدقها؛ بخلاف توريم ضرع الحيوان فإنه لا خيار به؛ «شرح م ر». قال «ع ش» عليه: والفرق بين توريم الوجه حيث يثبت به الخيار، وتوريم الضرع حيث لا خيار به: أن التدليس في توريم الضرع يسهل الاطلاع عليه بحلبه للدابة، فيعلم منه كثرة اللبن وقِلّته، ولا كذلك توريم الوجه. والفرق بين وضع نحو القطن في شدقها حيث يثبت به الخيار، وتوريم الضرع حيث لا يثبت به: أن التوريم لمَّا كان في ظاهر البدن بحيث يطلع عليه بالحِسِّ عادةً نسب المشتري فيه إلى تقصير؛ بخلاف وضع نحو القطن فإنه لاستتاره يعسر الاطلاع عليه. ولو وقع ذلك من المبيع لم يحرم على السَّيِّد، وهل يحرم على المبيع ذلك الفعل أم لا؟ فيه نظر، والأقرب أن يقال: إن كان مراده الترويج ليباع حرم عليه، ولا خيار للمشتري؛ لانتفاء التغرير من البائع وإلا فلا. والفرق بين تحمير الجارية وجهها حيث قيل فيه بعدم ثبوت الخيار وما لو تصرَّت الدابة بنفسها: أن البائع للدابة نسب في عدم تعهد الدابة لتقصير في الجملة في كُلِّ يوم؛ بخلاف الجارية فإنه لم يعهد تعهد وجهها ولا ما هي عليه من الأحوال العارضة لها؛ «ع ش» على «م ر».
انظر: حاشية البجيرميّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، فصلٌ في خيار العيب وما يذكر معه، (٢/ ٢٢٣).

(٣) يشمل إطلاقُهُ الذَّكَرَ والأنثى، وهو كذلك كما قاله الأذرعي، ويلحق بذلك الخنثى فيما يظهر، والأوجه تحريم ذلك لما مَرَّ من التدليس. ولا بد في ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر=

يُثْبِتُ الْخِيَارَ، لَا لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الأَصَحِّ.

كشعر السودان (يثبت الخيار) قياسًا على المصرَّاة بجامع التدليس. وقضية إطلاقه أنه لا فرق في ذلك بين العبد والأَمَةِ، وهو الظاهر كما قاله الأذرعي وإن كان في «الروضة» وأصلها إنما ذكراه في الجارية، لأن الجعودة ـ كما قال الماوردي ومرّت الإشارة إليه ـ تدلّ على قوّة البدن، والسُّبُوطة تدلّ على ضعفه.

تنبيه: قضية تعبيره بالحبس والتحمير والتجعيد أن ذلك محلّه إذا كان بفعل البائع أو بمواطأته وبه صرّح ابن الرفعة، فلو تجعَّد الشعر بنفسه فكما لو تحفّلت بنفسها. قال الإسنوي: «وتجعيد الشعر من زيادات الكتاب على المحرّر»، ولعلّ نسخة «المحرر» التي اطلع عليها ليس فيها ذلك، وإلَّا فهي في كثير من نُسخه كما قاله غيره.

(لا لطخ ثوبه[١]) أي الرقيق بمداد (تخييلًا لكتابته) فظهر كونه غير كاتب فلا ردَّ له (في الأصح)؛ إذ ليس فيه كبير غرر؛ لأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف، فإنه ربما لبس ثوب غيره أو أصابه ذلك من حمل دواةٍ، ولأنه مُقَصِّرٌ بعدم امتحانه والسؤال عنه. والثاني: يثبت له الردّ نظرًا لمطلق التدليس. ويجري الخلاف في إلباسه ثوبًا مختصًا بحرفة؛ كثياب الخبازين أو غيرهم من أرباب الصنائع؛ كما لو اشترى زجاجة يظنُّها جوهرة بثمن كثير، أو باع جوهرة يظنُّها زجاجةً بمال قليل فإنه لا خيار في الأُولى للمشتري، ولا للبائع في الثانية. وظاهر إطلاقهم أن هذا ليس بحرام؛ بخلاف التصرية كما أشار إليه الماوردي، ولو قيل بحرمته لم يبعد كما قاله بعض المتأخرين؛ لأن الضرر الحاصل بالتصرية يرتفع عن المشتري بإثبات الخيار بخلاف هذا.

= لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير «ع ش». وخرج بـ«تجعيده» ما لو سبطه؛ أي جعله مسترسلًا فبان جعدًا فلا خيار؛ لأن الجعودة أحسن؛ «شرح الروض».

(١) أي لا خيار فيه، ومع ذلك يحرم على البائع فعل ذلك؛ لأنه تغرير يعقبه الندم؛ بل هذا أَوْلَى بالتحريم مما يتخير فيه؛ لأن التدليس ثَمَّ له رافع وهو الخيار وهنا لا رافع له. ومثله توريم ضرع نحو الشاة ليوهم كثرة اللبن، وتكبير بطنِ الدابة بالعلف ليوهم السِّمَن أو كونها حاملًا. ولا خيار أيضًا بغبن فاحش كظنّ مُشترٍ نحو زجاجة جوهرةً بالغ فيها بالثمن؛ «ح ل» و«ز ي».

. . . .

[مطلبٌ في الفسخ بالإقالة]

خاتمة: سكت المصنف رحمه الله تعالىٰ عن الفسخ بالإقالة وهو جائز، ويُسنُّ إقالة النادم؛ لخبر: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ»[1] رواه أبو داود، وصيغتها: «تَقَايَلْنَا» أو «تَفَاسَخْنَا»، أو يقول أحدهما: «أَقَلْتُكَ» فيقول الآخر: «قبلتُ»، وما أشبه ذلك. وهي فسخٌ في أظهر القولين، والفسخ من الآن، وقيل: من أصله، ويترتب على ذلك الزوائد الحادثة. وتجوز في السَّلَمِ وفي المبيع قبل القبض. وللورثة الإقالة بعد موت المتعاقدين. وتجوز في بعض المبيع وفي بعض المُسْلَمِ فيه إذا كان ذلك البعض معينًا.

وإذا اختلفا في الثمن بعد الإقالة صُدّق البائع على الأصح، وإن اختلفا في وجود الإقالة صُدّق منكرها، وذكرت بقية أحكامها في «شرح التنبيه».

ولو وهب البائع الثمن المعين بعد قبضه للمشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا فهل له ردّه على البائع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لخُلوّه عن الفائدة، والثاني: وهو الظاهر: نعم، وفائدته الرجوع على البائع ببدل الثمن كنظيره في الصَّداق، وبه جزم ابن المقري ثَمَّ. ولو اشترى ثوبًا وقبضه وسلّم ثمنه ثم وجد بالثوب عيبًا قديمًا فردّه فوجد الثمن معيبًا ناقص الصفة بأمرٍ حادث عند البائع أخذه ناقصًا ولا شيء له بسبب النقص. وعُلِمَ مما مرَّ ومما سيأتي أن أسباب الفسخ كما قال الشيخان سبعةٌ: خيارُ المجلس، والشرط، والخلفُ للشرط المقصود، والعيبُ، والإقالةُ كما مرَّ بيانها، والتَّحالفُ، وهلاكُ المبيع قبل القبض كما سيأتي. وبقي من أسباب الفسخ أشياء وإن علمت من أبوابها وأمكن رجوع بعضها إلى السبعة فمنها: إفلاسُ المشتري، وتلقّي الركبانِ، وغَيْبَةُ مال المشتري إلى مسافة القصر، وبيعُ المريض محاباةً لوارثٍ أو أجنبيٍّ بزائد على الثلث ولم يُجزِ الوارثُ.

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في فضل الإقالة / ٣٤٦٠/ بلفظ: «من أقال مسلمًا أقاله الله عثرته».
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع / ٢٢٩١/ بلفظ أبي داود رحمه الله تعالى، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. قال الذهبي في «التلخيص»: على شرط البخاري ومسلم.

٩ـ بابٌ [في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده]

الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، . . . .

(بابٌ) في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده، وأحكام القبض والتَّنازع في البداءة بالتَّسليم، والتَّصرُّف في ماله تحت يد غيره مع ما يتعلَّق بذلك

[ضمان المبيع قبل قبضه]

(المبيع قبل قبضه[١] من ضمان البائع[٢])؛ بمعنى انفساخ البيع بتلفه، وثبوت الخيار بتعيُّبه وبإتلاف الأجنبي له لبقاء سلطنته عليه، سواء أعرضه على المشتري فلم يقبله أم لا؛ نعم إن وضعه بين يديه عند امتناعه بَرِيءَ في الأصحّ كما في «الروضة» وأصلها في الكلام على حقيقة القبض؛ لكن لو خرج مُسْتَحَقًّا ولم يقبضه المشتري لم يكن للمُسْتَحِقِّ مطالبته، وكذا لو باعه قبل نقله فنقله المشتري الثاني فليس للمستحِقِّ مطالبة المشتري الأول. قال الإمام: «وإنما يكون الوضع بين يدي المشتري قبضًا في الصحيح دون الفاسد، وكذا تَخْلِيَة الدار ونحوها إنما تكون قبضًا في الصحيح دون الفاسد».

---

(١) أي عن جهة البيع وهو الناقل للضمان وكذا بعده، والخيار للبائع، أو كان القبض لا عن جهة البيع. انتهى «شوبري». وعبارة «شرح م ر»: المبيع قبل قبضه؛ أي الواقع عن جهة البيع، فالقبض الواقع لا عن جهته كالعدم، فهو بعده باقٍ على كونه من ضمان البائع، وذلك كأن قبضه المشتري من البائع على سبيل الوديعة؛ بأن أودعه البائع إياه فأخذه منه وديعة وكان للبائع حق الحبس، فتلفه بيد المشتري في هذه الحالة كتلفه بيد البائع، كما صرحوا بأنه لا أثر لهذا القبض، ولهذا كان الأصح بقاء حبس البائع بعده. وقول «م ر»: «وكان للبائع حق الحبس» مفهومه أنه لو لم يكن له حق الحبس وأودع له المشتري المبيع حصل به القبض المضمن للمشتري كما في «ع ش».
انظر: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده، (٢/ ٣٥١).

(٢) وإن عرضه على المشتري فلم يقبله لبقاء سلطنته عليه وإن قال المشتري: «هو وديعة عندك»، ولا ينافيه قولهم: «إيداع من يده ضامنة يبرئه»؛ لأن ذلك مفروض في ضمان اليد كالمعار والمستام، وما هنا في ضمان العقد؛ «شرح م ر».

فَإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ، . . . .

تنبيه: احترز المصنّف بـ«المبيع» عن زوائده المنفصلة الحادثة في يد البائع؛ كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز يجده الرقيق وموهوب وموصًى به فإنها للمشتري؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، وهي أمانة في يد البائع؛ لأن ضمان الأصل بالعقد ولم يوجد العقد في الزوائد، ولم تَحْتَوِ يَدُهُ عليها لِتَمَلُّكِهَا كالمُستام، ولا للانتفاع بها كالمستعير، ولم يوجد منه تَعَدٍّ كالغاصب حتى يضمن، وسبب ضمان اليد عندهم أحد هذه الثلاثة. والثمنُ المعيَّنُ قبل قبض البائع له كذلك.

(فإن تلف) المبيع بآفة سماوية (انفسخ البيع)؛ لتعذّر قبضه المستحق كالتفرّق قبله في الصرف، (وسقط الثمن) إن كان في الذمّة، فإن كان معيَّنًا وجب ردّه، أو كان دينًا على البائع عاد عليه كما كان، وينتقل الملك في المبيع للبائع قبيل التلف، فتجهيزه على البائع لانتقال الملك فيه إليه.

تنبيه: استثني من طرده ما لو وضع العين المبيعة بين يديه بعد امتناعه من قبضها كما مرَّ، ومن عكسه ما لو قبضه المشتري وديعةً من البائع وقلنا بالأصح: «إنه لا يبطل به حق الحبس» فتلف في يده فهو كتلفه في يد البائع، وما لو قبضه المشتري من البائع في زمن الخيار والخيارُ للبائع وحده وتلف فهو كتلفه في يد البائع كما مرَّ في بابه، فينفسخ ويرجع المشتري بثمنه، وللبائع بدله من مثلٍ أو قيمةٍ كالمستعار.

وفي معنى التلف وقوع الدُّرَّةِ ونحوها في البحر[١] إذا لم يمكن إخراجها منه، وانفلات الصيد المتوحش والطير إذا لم يُرْجَ عَوْدُهُ، واختلاط متقوِّمٍ[٢] ـ كثوب أو شاة ـ

(١) أي جوهرة في البحر لا يمكن إخراجها منه ولو بِعُسْرٍ، فإن عادت في هذه الحالة تبين عدم الانفساخ. وكذا يقال في الطير والصيد؛ بخلاف ما إذا تخلل الخمر، فإن الفسخ باقٍ بحاله؛ لأنه انتقل من حالة إلى أخرى؛ بخلاف ما تقدَّم «شوبري»، وعبارة «ح ل» و«ز ي»: قوله: «انقلاب العصير خمرًا»؛ أي ما لم يَعُدْ خَلًّا وإلَّا ثبت الخيار للمشتري.

(٢) أي للبائع، بخلاف اختلاط المثلي بآخر، فإن اختلط بغير جنسه كشيرج بزيت فكالتلف أيضًا، وإن اختلط بجنسه ثبت الخيار للمشتري ويكون المخلوط شركة؛ «ع ش» على «م ر». ولم يفصِّلوا في

وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ.

بغيره ولم يتميز، وانقلاب العصير خمرًا على الأصح وإن عاد خَلًّا كما أطلقه الشيخان هنا خلاف ما اقتضاه كلامهما في باب الرهن، وجرى عليه ابن المقري هنا في بعض نسخ «الروض»: من أنه متى عاد عاد حكمه وللمشتري الخيار؛ لأنّ الخلّ دون العصير. ولو أَبِقَ الرقيقُ أو ضَلَّ أو غصب قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ولم ينفسخ البيع لرجاء العود، فإن أجاز البيع لم يبطل خياره ما لم يرجع، ولم يلزمه تسليم الثمن قبل العود، فإن سلمه لم يستردّه ما لم يفسخ. ولو غرقت الأرض بالماء أو سقطت عليها صخرة أو ركبها رملٌ قبل قبضها ثبت له الخيار؛ لأنه عيب لا تلف، فإن قيل: يناقضه ما في الشفعة من أن تغريق الأرض تلف لا عيب حتى لو حصل في بعضها لم يأخذ الشفيع إلّا بالحصة، وما في الإجارة من أنه كانهدام الدار فيكون تلفًا، أجيب: بأن الأرض لم تتلف والحيلولة لا تقتضي الانفساخ كإباق العبد، وإنما جعلت تالفةً فيما ذكر لأنَّ الشفيعَ متملك، والتالف منها لا يصح تملكه؛ ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، والمستأجِرُ غير متمكّن من الانتفاع لحيلولة الماء، ولا يمكن ترقّب زواله؛ لأن المنافع تتلف ولا تضمن.

(ولو أبرأه[1] المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم) المذكور للتلف؛ لأنه أبرأ عمّا لم يجب. والثاني: يبرأ؛ لوجود سبب الضمان، فلا ينفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن.

تنبيه: الجمع بين البراءة وتغيّر الحكم تبع فيه «المحرّر»؛ قال الإسنوي: «لا فائدة فيه»، وقال الولي العراقي: «لا فائدة فيه إلّا مجرد التأكيد»، وقال الزركشي: «فائدته نفي توهُّم عدم الانفساخ إذا تلف، وأن الإبراء كما لا يَرْفَعُ الضمان لا يرفع الفسخ بالتلف، وكذلك بقاء المنع من التصرف».

= وقوع الدُّرَّةِ وما بعدها بين كونه من البائع أو بنفسه فينفسخ البيع، أو من المشتري فيكون قبضًا، أو من أجنبي فيثبت الخيار.

(١) أي البائع.

وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ، ....

[قبض المشتري بإتلافه المبيع]

(وإتلاف المشتري[١]) المبيع حسًّا أو شرعًا (قبض) له[٢] (إن عَلِمَ) أنه المبيع حال إتلافه؛ كما لو أتلف المالكُ المغصوبَ في يد الغاصب. وفي معنى إتلافه ما لو اشترى أَمَةً فأحبلها أبوه[٣]، وما لو اشترى السيد من مكاتبه[٤] أو الوارث من مورثه شيئًا ثم عجز المكاتب أو مات المورث[٥]، وقد ذكر الشيخان في مسألة الوارث جواز بيعه قبل القبض، وإن كان على الميت دين فيتعلق بالثمن، فإن كان معه وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه.

ويستثنَى ما إذا قتله المشتري دفعًا لصياله عليه، وكذا القَوَدُ كما بحثه في «المطلب»، أو لرِدَّةٍ والمشتري الإمامُ وقَصَدَ قتله عنها فينفسخ البيع، فإن لم يقصد ذلك صار قابضًا للمبيع وتقرّر عليه الثمن كما حكاه الرافعي قبيل الديات عن «فتاوى

(١) أي من وقع له العقد، ولو بإذن البائع أو مكرهًا؛ لأن وكيل المشتري وإن باشر العقد كالأجنبيّ.

(٢) أي إن كان الخيار له أو لهما أو لا خيار أصلًا وإلا انفسخ «شوبري»؛ أي فيسترد المشتري الثمن من البائع ويغرم له بدل المبيع من مثلٍ أو قيمةٍ؛ «ع ش» على «م ر». والمراد أنه قبضٌ حيث كان أهلًا، وإلا ـ بأن كان غير أهل ـ لم يكن قبضًا؛ بل عليه البدل ويرد البائع الثمن المعين بانفساخ البيع وقد يتقاصّان؛ «ح ل».

(٣) ويلزمه القيمة مطلقًا، والمهر إن أنزل بعد دخول الحشفة لا قبله ولا معه؛ لأنَّه ما أدخل إلَّا وهي في ملكه؛ «س ل».

(٤) ظاهر هذه بقاء العقد وحصول القبض بذلك، وهو كذلك «شوبري». وفائدة كون هذا بمنزلة القبض صحة تصرف السيد والوارث في العين وإن لم تدخل تحت يده، وعدم تعلُّق الدين الذي على المكاتب أو المورث بها؛ بل إن كان له مال غيرها كالثمر قضي منه وإلا ضاع على صاحبه كما قرره شيخنا. وعبارة «العناني» فإن قلت: ما فائدة كون التعجيز وموت المورث كالإتلاف مع أن الثمن والمثمن ينتقل للسيد أو الوارث؟ قلت: فائدة ذلك: أنه لو كان على المكاتب دين وعلى المورث دين فإنه يُقضى من الثمن؛ لأنه استقر بذلك.

(٥) أي عن الوارث الحائز، فإن مات عن ابنين أحدهما المشتري لم يتصرف في النصف الذي يخص أخاه إلا بعد قبضه كما ذكره في الروض «ح ل». قوله: «بعد قبضه» أي من أخيه؛ لأنه يقوم مقام المورث في إقباض النصف كما في «الشوبري».

وَإِلَّا فَقَوْلَانِ كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبَ ضَيْفًا . . . .

البغوي»، فإن كان غيره كان قابضًا؛ إذ لا يجوز له قتله، فإن قيل: لِمَ لا يجوز؛ لأن للسيد إقامة الحدّ على عبده فينبغي أن لا يستقر عليه الثمن بقتله كالإمام؟ أجيب: بأنه لو قتله وقلنا: «له ذلك» لم يكن قاتلًا إلَّا بحكم المِلك، فالمِلكُ هو الذي سلّطه على ذلك، فلو قلنا: «ينفسخ ولا يستقرّ عليه الثمن» لَتَبَيَّنَ بالآخرة أنه قتل غير مملوك له فلذلك جعلنا قتله إياه قبضًا. قال الإسنوي: ويقاس بالمرتد تارك الصلاة وقاطع الطريق والزاني المحصن؛ بأن زنى كافر حرٌّ ثم التحق بدار الحرب ثم اسْتُرِقَّ. فإن قيل: كيف يكون المشتري قابضًا بقتل المرتد أو بمن ذُكر معه مع أنه غير مضمون على قاتله؟ أجيب: بأنه يتبين أنه قتل ملكه من غير ضرر عليه فيستقر عليه ثمنه. واستثنى البلقيني تفقُّهًا ما لو مرَّ بين يدي المشتري في الصلاة فقتله للدفع؛ أي بشرطه المذكور في دفع المارّ، وما لو قاتل مع البغاة أو أهل الذمة فقتله.

(وإلَّا) أي وإن لم يعلم المشتري أنه المبيعُ، قال الشارح: وقد أضافه به البائع (فقولان)، وفي «الروضة» وأصلها: وجهان؛ (كأكل المالك طعامه[1] المغصوب ضيفًا) للغاصب جاهلًا بأنه طعامه، والأصح أن الغاصب يبرأ بذلك[2] تقديمًا للمباشرة، وقضيةُ البناء تُصَيِّرُهُ قابضًا في الأصح. وإنما قيّده الشارح بما تقدم لأجل مَحَلِّ الخلاف، وإلَّا فالحكم كذلك فيما لو قدَّمه أجنبيٌّ أو لم يقدمه أحدٌ مع أن الخلاف جارٍ في الأولى أيضًا.

هذا كُلُّهُ إذا كان المشتري أهلًا للقبض واشترى لنفسه، فإن كان مجنونًا ـ كأن اشتراه

---

(١) قد يقتضي التشبيه أن الخيار لو كان للبائع لا يكون إتلاف المشتري قبضًا، وهو كذلك؛ بل لو أتلفه بعد قبضه حينئذٍ إن فسخ أو عيَّبه تخيَّر كما قاله بعض المتأخرين وأقرَّه «حج» «س ل». قال «ح ل»: وهذا القياس يقتضي أن إتلاف غير الأهل كالمجنون والصبي قبض؛ لأنه لو أكل طعامه المغصوب ضيفًا برئ الغاصب، وليس كذلك، والفرق: أن ملكه على ذلك مستقر وهنا غير مستقر، ومن ثم كان إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف لغوًا. انتهى. وقوله: «ضيفًا» حال من المالك، وهو ليس قيدًا.

(٢) أي إذا لم يُحدِث فيه شيئًا، ولا فرق في ذلك بين أن يقدِّمه له الغاصب أو أجنبيّ أو يأكله هو بنفسه.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ، ....

قبل جنونه ـ فالقياس أن إتلافه ليس بقبض وعليه البدل، وعلى البائع ردُّ الثمن إن كان باقيًا وردّ بدله إن كان تالفًا، أو كان وكيلًا فكالأجنبي، سواء أذن له المالك في القبض أم لا.

[انفساخ البيع بإتلاف البائع المبيعَ]

(والمذهب أن إتلاف البائع) المبيع (كتلفه) بآفة سماوية، فينفسخ البيع فيه ويسقط الثمن عن المشتري؛ لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالبدل؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن، وقطع بعضهم بهذا، ومقابله قولٌ: أنه لا ينفسخ البيع بل يتخير المشتري، فإن فسخ سقط الثمن، وإن أجاز غرم البائع القيمة وأدّى له الثمن وقد يتقاصّان. ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع حيث له حَقُّ الحبس فله الاسترداد، فلو أتلفه البائع في يد المشتري في هذه الحالة فهل عليه البدل ولا خيار للمشتري لاستقرار العقد بالقبض، أو يجعل مستردًّا بالإتلاف كما أن المشتري قابض به فيه؟ قولان بلا ترجيح في كلام الشيخين، ورجَّح ابن المقري الثاني، وهو المعتمد.

تنبيه: سكت المصنّف عمّا لو أتلفاه معًا، وقال الماوردي: «يلزم البيع في نصفه، وأما النصف الآخر فينفسخ فيه؛ لأن إتلاف البائع كالآفة، ويرجع البائع عليه بنصف الثمن، ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجناية».

ولا أجرة على البائع في استعمال المبيع قبل القبض ولو تعدّى بحبسه مدة لمثلها أجرة خلافًا للغزالي؛ لأن إتلافه كالآفة كما مرَّ.

[حكم إتلاف الأعجمي وغير المميِّز المبيعَ من حيث الفسخ والقبض]

وإتلاف الأعجميّ وغير المميز بأمر أحدهما أو بأمر الأجنبي كإتلافه عن أمره، فلو أمره الثلاثة قال الإسنوي: «فالقياس أنه يحصل القبض في الثلث، والتخيير في الثلث، والفسخ في الثلث». أما إتلاف المميز بأمر واحد منهم فكإتلاف الأجنبي بلا أمرٍ، وإذن المشتري للأجنبي أو للبائع في إتلافه لغوٌ؛ لعدم استقرار الملك، بخلاف الغاصب فإنه يبرأ بإذن المالك له في إتلافه لاستقرار الملك ثَمَّ. وإتلاف عبد البائع ولو بإذنه كإتلاف

وَالأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسَخُ؛ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيُغَرِّمَ الأَجْنَبِيَّ، أَوْ يَفْسَخَ فَيُغَرِّمَ الْبَائِعُ الأَجْنَبِيَّ.

الأجنبي، وكذا عبد المشتري بغير إذنه، فإن أجاز البيع جعل قابضًا كما لو أتلفه بنفسه، فلا شيء له على عبده، وإن فسخ اتبع البائع الجاني، وإنما لم يُلحق عبدُ البائع بعبد المشتري في التقييد بغير الإذن لشدة تشوُّف الشارع إلى بقاء العقود. ولو أتلفته دَابَّةُ المشتري نهارًا انفسخ البيع، أو ليلًا فله الخيار، فإن فسخ طالبه البائع ببدل ما أتلفه، وإن أجاز فقابضٌ، أو دَابَّةُ البائع فكإتلافه، وإنما لم يُفَرَّقْ فيها بين الليل والنهار كدابَّةِ المشتري؛ لأن إتلافها إن لم يكن بتفريط من البائع فآفةٌ، وإن كان بتفريط منه فقد مرَّ أن إتلافه كالآفة؛ بخلاف إتلاف دابة المشتري، فنزل إتلافها بالنَّهار منزلة إتلاف البائع لتفريطه بخلافه ليلًا. فإن قيل: إتلافها ليلًا إما بتقصير المشتري فيكون قبضًا أو لا فيكون كالآفة، فينفسخ به البيع فلا وجه لتخييره، أجيب: بأنه بتقصيره سواء أكان معها أم لا، ولما لم يكن إتلافها صالحًا للقبض خُيّر، فإن أجاز فقابض أو فسخَ طالبه البائع بالبدل كما تقرَّر.

[ما يترتَّبُ على إتلاف الأجنبي المبيعَ]

(**والأظهر أن إتلاف الأجنبي لا يفسخ**) البيع؛ لقيام البدل مقام المبيع؛ (**بل يتخير المشتري**) به على التراخي[1] كما اقتضاه كلام القفّال وإن نظر فيه القاضي. (**بين أن يجيز**) البيع (**ويُغَرِّمَ الأجنبي**) البدل، (**أو يفسخ فَيُغَرِّمَ البائعُ الأجنبيَّ**) البدل، وقطع بعضهم بهذا، ومقابله أن البيع ينفسخ كالتلف بآفة. وهذه المسألة كالتي قبلها في حكاية الطريقين، فلو حذف لفظة «الأظهر» لكان أَوْلَى وأخصر. وهذا الخيار في غير الربوي، وفيما إذا لم يكن الأجنبي حربيًا، ولم يكن إتلافه بحقٍّ وإلَّا فينفسخ البيع. فإن قيل: إذا غصب أجنبيٌّ العين المستأجرة حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة ولم يخيَّر المستأجر كما هنا، أجيب: بأن المعقود عليه هنا المال وهو واجب على الجاني، فتعدَّى العقد من العين إلى بدلها، بخلاف المعقود عليه ثَمَّ فإنه المنفعة وهي غير واجبة

---

(١) ضعيفٌ، وقوله: «لكن نظر فيه القاضي» معتمدٌ؛ «ع ش».

وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ، أَوِ الأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الأَجْنَبِيُّ الأَرْشَ، ....

على متلفها، فلم يَتَعَدَّ العقد منها إلى بدلها.

[ما يترتَّبُ على تعيُّب المبيع وتعييبه]

(ولو تعيَّب) المبيع بآفة سماوية (قبل القبض فرضيه)؛ بأن أجاز البيع (أخذه بكُلِّ الثمن)؛ كما لو كان العيب مقارنًا، ولا أرش له لقدرته على الفسخ.

(ولو عيَّبه المشتري فلا خيار) له لحصوله بفعله، فيمتنع بسببه الرَّدُّ القهريّ بالعيوب القديمة، ويكون قابضًا لما أتلفه، فلو قطع يده مثلًا استقرّ عليه حصَّتها من الثمن، وهو ما بين قيمته سليمًا ومعيبًا؛ هذا إذا مات عند البائع بعد الاندمال، فإن سَرَى وجب الثمن لما مرَّ أن إتلافه قبضٌ، وبهذا فارق ثبوت الخيار فيما لو عيّب المستأجر العينَ المؤجرة، وما لو جَبَّت المرأةُ ذَكَرَ زوجها؛ إذ لا يُتَخَيَّلُ أن ذلك قبضٌ؛ لأن المستأجر والمرأة لم يتصرفا في ملكهما؛ بل فيما يتعلق به حقّهما، فلا يكونان بذلك مستوفيين بخلاف المشتري.

(أو) عيَّبه (الأجنبيّ) غير الحربي بغير حَقٍّ (فالخيار[١]) بتعييبه ثابت للمشتري قياسًا على ما مرَّ في الإتلاف، (فإن أجاز) البيع (غرم الأجنبي الأرش)؛ لأنه الجاني ولكن بعد قبض المبيع، أما قبله فلا؛ لجواز تلفه فينفسخ المبيع. والمراد بالأرش في الرقيق ما يأتي في الديات، ففي يده[٢] نصف قيمته لا ما نقص منه، وفي غيرها ما نقص من قيمته.

(١) أي فورًا على أوجه الوجهين كما أفتى به الوالد؛ «م ر».

(٢) إلا إذا كان القاطع لها المشتري ثم تلف لا بالسراية عند البائع، فإنه يستقرُّ على المشتري من الثمن ما نقص «ح ل». وعبارة «ع ش»: قوله: «ففي يد الرقيق نصف قيمته»؛ أي إذا كان الجاني أجنبيًا، أما المشتري فالأرش في حقه جزء من الثمن، نسبته إلى الثمن كنسبة ما نقص العيب من القيمة إليها لو كان سليمًا، فلو كانت قيمته سليمًا ثلاثين ومقطوعًا عشرين استقر عليه ثلث الثمن. فإذا مات عند البائع بغير سراية ضمن المشتري ما ذكر، فاندفع ما يقال: إن المشتري إذا عَيَّبَ المبيع أخذه بجميع الثمن كما ذكره المصنف، فكيف يستقر عليه أرش النقص؟!

وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ، ....

(ولو عيّبه البائع فالمذهب ثبوت الخيار) للمشتري (لا التغريم) أما الخيار فلا خلاف في ثبوته؛ لأن فعل البائع إما كالآفة وإما كفعل الأجنبي وكلاهما مثبت للخيار قطعًا، وإنما الخلاف في التغريم، والمذهبُ أنه لا يثبت بناءً على أنه كإتلافه الذي هو كالتلف بآفة على الراجح المقطوع به كما مرَّ، ومقابله: ثبوتُ الخيار مع التغريم؛ بناءً على أن فعل البائع كفعل الأجنبيّ، فصحَّ تعبيره هنا بـ«المذهب» كما هناك، وكان الأَوْلَى في التعبير أن يقول: «ثبت الخيار لا التغريم على المذهب».

ولو لم يعلم المشتري بالحال حتى قبض وحدث عنده عيب كان له الأرش لتعذّر الرّدِّ.

[حكم التصرُّف بالمبيع قبل قبضه]

(ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه[(١)]) ولا الإشراك فيه ولا التولية، منقولًا كان أو عقارًا وإن أذن البائع في قبض الثمن؛ لخبر: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»، قال ابن عباس: «وَلَا أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ»[(٢)] رواه الشيخان، ولقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تَبِيعَنَّ شَيْئًا حَتَّى تَقْبِضَهُ»[(٣)] رواه البيهقي وقال: «إسناده حسنٌ متَّصلٌ»، ولضعف الملك قبل القبض؛ بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله. فإن قيل:

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي /٢٠١٩/. ومسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض /٣٨٤٠/.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يُقبض /٢٠٢٨/. ومسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض /٣٨٣٦/.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب البيوع، جماع أبواب الربا، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام /١٠٦٨٥/ وقال: هذا إسناد حسنٌ متَّصلٌ.

قلت: تَعَقَّبه ابن التركماني في «الجوهر النقي» فقال: كيف يكون حسنًا وأنَّ عصمة متروكٌ؛ كذا قال صاحب «المحلَّى»، وفي «الأحكام» لعبد الحَقِّ: ضعيفٌ. انتهى قول ابن التركماني رحمه الله تعالى. لكن ذكره النووي في «المجموع»، ونقل تحسين الإمام البيهقي ولم ينتقده.

وَالأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ، وَأَنَّ الإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهِبَةَ كَالْبَيْعِ، ....

يصح أن يؤجر ما استأجره قبل قبضه فلأيِّ شيءٍ ما امتنع كما في البيع؟ أجيب: بأن البيع قد ورد على العين والقبضُ يتأتّى فيها حقيقةً، والإجارة واردة على المنفعة فلم يكن القبضُ لها حقيقة.

(والأصح أن بيعه للبائع كغيره)، فلا يصح لعموم الإخبار ولضعف الملك. والثاني: يصح كبيع المغصوب من الغاصب. ومحلّ الخلاف إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة، وإلَّا فهو إقالة بلفظ البيع ـ كما نقلاه عن المتولّي وأقرّاه ـ فيصح، وقيل: لا يصح، وقد ذكر القاضي القولين وبناهما على أن العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى، والأصحاب تارة يعتبرون اللفظ وهو الأكثر؛ كما لو قال: «بعتُكَ هذا بلا ثمن» لا ينعقد بيعًا ولا هبةً على الصحيح، وكما لو قال: «اشتريتُ منك ثوبًا صفته كذا بكذا» ينعقد بيعًا لا سَلَمًا على الصحيح، وتارة يعتبرون المعنى كما لو قال: «وهبتُكَ هذا الثوب بكذا» ينعقد بيعًا على الصحيح، فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ بل يختلف الجواب بقوة المدرك؛ كالإبراء في أنه إسقاط أو تمليك، وفي أن النذر يسلك به مسلك الواجب أو الجائز، وفي أن الطلاق الرجعي يزيل الملك أم لا؟ وتارة لا يراعون اللفظ ولا المعنى فيما إذا قال: «أسلمتُ إليك هذا الثوب في هذا العبد» فإن الصحيح أنه لا ينعقد بيعًا ولا سَلَمًا. وكان الأَوْلَى للمصنف أن يعبر بـ«المذهب»، ففي «شرح المهذب» أن مقابله شاذّ ضعيف، والأكثرون على القطع بالبطلان.

(و) الأصح (أن الإجارة) والكتابة (والرهن والهبة) والصداق والإقراض وجعله عوضًا في نكاح أو خلع أو صُلْحٍ أو سَلَمٍ أو غير ذلك (كالبيع)، فلا يصحّ بناءً على أن العلة في البيع ضعف الملك. والثاني: يصح؛ بناءً على أن العلة فيه توالي الضمانين.

تنبيه: لا فرق في بطلان الرهن من البائع بين أن يكون رهن ذلك بالثمن أو بغيره، ولا بين أن يكون له حَقُّ الحبس أم لا كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب وإن قيّده السبكي بما إذا رهن ذلك بالثمن وكان له حَقُّ الحبس.

وَأَنَّ الإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ. . . . .

وخرج بـ«المبيع» زوائده الحادثة، فلو اشترى نخلًا مثلًا فأثمرت قبل القبض جاز بيعها قبل قبضها؛ لأنها ليست بمضمونة على البائع؛ قاله الأردبيلي، وقال الرافعي: «ينبني على أنها تعود للبائع لو عرض انفساخ أو لا، فإن أعدناها لم يتصرّف فيها كالأصل وإلَّا تصرّف».

تنبيه: قوله «قبل قبضه» يُفهم الجوازَ بعد قبضه مطلقًا، وليس مرادًا؛ بل محلّه ما إذا لم يكن للبائع خيار، فإن كان امتنع أيضًا كما عُلم مما مرَّ.

واستثنى ابن الرفعة من عدم صحة بيع المبيع قبل قبضه صورتين:

الأولى: إذا اشترى من مورثه شيئًا ومات مُوَرِّثُهُ قبل قبضه ولا وارث له غيره، فيجوز له بيعه قبل قبضه؛ لأنَّه صارَ في يده شرعًا، ويمتنع أن يقبض من نفسه لنفسه.

الثانية: إذا اشترى جزءًا شائعًا وطلب قسمته قبل قبضه فإنه يُجاب إليه وإن قلنا: «القسمة بيع»؛ لأن الرضا غير معتبر فيها، وإذا لم يعتبر الرّضا جاز أن لا يعتبر القبض كالشفعة؛ نقله الرافعي عن المتولّي وأقرّه.

واستثنى غيره صورة أخرى، وهي ما لو اشترى رقيقًا وباعه المشتري من نفسه قبل قبضه فيصحّ إن قلنا: «إنه عقد عتاقة»، وهو الأصح. وهذه تعلم من قول المصنف: (و) الأصح (أن الإعتاق بخلافه)، فيصح لتشوُّف الشارع إليه، ونقل ابن المنذر فيه الإجماع، وسواء كان للبائع حق الحبس أم لا؛ لقوته وضعف حق الحبس، ولهذا يصح إعتاق الآبق. فإن قيل: لا يُصح إعتاق المرهون من الراهن المعسر فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن الراهن حجر على نفسه. والثاني: لا يصح كالبيع؛ لاشتراكهما في إزالة الملك، والثالث: إن لم يكن له حق الحبس لتأجيل الثمن صحَّ وإلَّا فلا؛ لما فيه من إبطال حقّه. نعم لا يصح على الأوّل إعتاقه على مال؛ لأنه بيعٌ كما قاله القاضي في «فتاويه»، ولا إعتاقه عن كفارة غيره؛ لأنه هبة. والاستيلاد والتزويج والوقف سواءٌ احتاج إلى قبول أم لا كما في «المجموع» خلافًا لما في «الشرح» و«الروضة» نقلًا عن «التتمة»[1] من أن الوقف إن شُرط فيه القبول كان كالبيع وإلَّا فكالإعتاق، مع أن الأصح أن

(١) في نسخة البابي الحلبي: «القيمة».

وَالثَّمَنُ الْمُعَيَّنُ كَالْمَبِيعِ، فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ.

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ، وَمَوْرُوثٍ، وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ، ....

الوقف على معين لا يحتاج إلى قبول كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في بابه كالعتق.

ويصح تدبيره والوصية به وإباحتُه للفقراء طعامًا اشتراه جزافًا، ويصير المشتري بإعتاقه وإيلاده وإيلاد أبيه وإباحة ما ذكر إن قبضوه ووقفه قابضًا للمبيع وإن كان للبائع حق الحبس، لا بتزويجه ولا بوطء الزوج، أما إذا اشترى الطعام مقدرًا بكيل أو غيره فلا يصح قبضه إلَّا كذلك، أو اشتراه جزافًا وأباحه كما مرَّ ولم يقبضوه فإنه لا يصير قابضًا بذلك، فإن لم يرفع البائع يده بعد الوقف والاستيلاد ضمنه بالقيمة لا بالثمن.

[حكم التصرُّف بالثمن قبل قبضه]

(**والثمن المعين**) نقدًا كان أو غيره، (**كالمبيع**) قبل قبضه فيما مرَّ، فيأتي فيه جميع ما تقدم لعموم النهي عنه. ولو أبدله المشتري بمثله أو بغير جنسه برضا البائع فهو كبيع المبيع للبائع. فقوله: (**فلا يبيعه البائع قبل قبضه**) لا حاجة إليه؛ بل تركه أَوْلى لأنه يوهم جواز غير البيع، وليس مرادًا، ولهذا عبّر في «المحرر» بـ«التصرُّف» ليعمَّ.

[حكم تصرُّفه بماله الذي في يد غيره أمانة ونحوها]

(**وله بيع**)، وأَوْلَى منه: وله التصرّف في (**ماله**) وهو (**في يد غيره أمانة؛ كوديعة ومشترك وقراض ومرهون بعد انفكاكه**) أو قبله وأذن له فيما ذُكِرَ المرتهنُ، (**وموروث**) كان يجوز للمورث التصرّف فيه، (**وبَاقٍ في يد وليّه بعد رشده**) وأَوْلى منه: «بعد فَكِّ الحجرِ عنه» ليدخل المجنون، فإن حجره ينفكّ بنفس الإفاقة؛ لتمام ملكه على ذلك وقدرته على تسليمه. نعم لو أكرى صبّاغًا أو قصّارًا لعمل في ثوب وسلّمه له فليس له بيعه قبل العمل، وكذا بعده إن لم يكن سَلَّمَ الأجرة؛ لأن له الحبس للعمل ثم لاستيفاء الأجرة، ومثل ذلك صوغ الذهب ونسج الغزل ورياضة الدابة.

وخرج: بـ«يجوز للمورث التصرّف فيه» ما مات عنه ولم يقبضه، فليس للوارث

وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ.

بيعه قبل قبضه، فإن قيل: هل هذه مستثناة من كلام المصنف أو لا؟ أجيب: بلا؛ لأن المبيع حينئذ ليس في يد بائعه أمانة بل هو مضمون عليه.

(وكذا) له بيع ماله وهو في يد غيره (عارية ومأخوذ بسوم)، وهو ما يأخذه من يريد الشراء ليتأمَّله أيعجبه أم لا لِمَا ذُكِرَ. فإن قيل: ما فائدة عطفه بكذا؟ أجيب: بأن فائدتُه التنبيهُ على أنه قسيم الأمانة؛ لأنه مضمون ضمان يد فلا ينحصر في الأمانة؛ لكن لا ينحصر فيما ذكره؛ بل ما رجع إليه بفسخ عقد بعيبٍ أو غيره وهو باقٍ في يد المشتري بعد ردّ الثمن له، ومقبوض بعقد فاسد لفوات شرط أو نحوه، ورأس مال سَلَم فسخ لانقطاع المُسْلَمِ فيه أو غيره، ومغصوب يقدر على انتزاعه وما أشبه ذلك.

تنبيه: فَصَّلَ الماوردي في بيع العارية فقال: «إن أمكن الردّ ـ كالدار والدابة ـ صحَّ، وإن لم يمكن ـ كالأرض غرست ـ فالبيع باطلٌ في الأصحّ لجهالة المدّة، واسترجاعها غير ممكن إلَّا ببذل قيمة البناء والغراس أو أرش النقص، وذلك غير واجب على البائع ولا على المشتري». انتهى، ويحمل إطلاق الشيخين على هذا التفصيل.

فرع: لو أفرز السلطان لشخص عطاءً ورضي به جاز له بيعه قبل قبضه للرفق بالجند، ولأن يد السلطان في الحفظ للمفرَزِ كَيَدِ المفرَزِ له. ويصحّ بيع أحد الغانمين لقدر معلوم ملكه من الغنيمة شائعًا، ويصحّ بيع موهوب رجع فيه الوالد قبل قبضه، وله بيع مقسوم قسمة إفراز قبل قبضه، بخلاف قسمة البيع ليس له بيع ما صار له فيها من نصيبِ صاحبِهِ قبل قبضه، ولا بيع شقص أخذه بشفعة قبل قبضه؛ لأن الأخذ بها معاوضة. وله بيع ثمر على شجرٍ موقوف عليه قبل أخذه، وكذا سائر غلّات وَقْفٍ حصلت لجماعة وعَرَفَ كلّ قدر حصته كما نقله في «المجموع» عن المتولّي وأقرّه.

[حكم بيع المُسْلَمِ فيه قبل قبضه]

(ولا يصح بيع المُسْلَمِ فيه ولا الاعتياض عنه) قبل قبضه؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض. والمبيع الثابت في الذمة إذا عقد عليه بغير لفظ السَّلَمِ لا يعتاض عنه وإن كان غير سَلَمٍ على الصحيح، وتناقض في ذلك كلام الشيخين، والمعتمد عدم الصحة.

وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ، . . . .

[مطلبٌ في حكم استبدال الثمن الثابت في الذمة]

(والجديد جواز الاستبدال[1] عن الثمن) الثابت في الذمة وإن لم يكن نقدًا؛ لخبر ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما أنه قال: كُنتُ أبيعُ الإبِلَ بالدنانيرِ وآخذُ مكانَهَا الدَّرَاهِمَ، وأبيعُ بالدَّرَاهِمِ وآخذُ مَكَانَهَا الدَّنَانِيرَ، فَأَتَيْتُ النبيَّ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فقال: «لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا[2] وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ»[3] رواه الترمذي وغيره، وصحَّحه الحاكم على شرط مسلم، وسواء أقبض الثمن أم لا، فقوله في الخبر: «وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ»[4]؛ أي من عقد الاستبدلال لا من العقد الأوّل بقرينة رواية أخرى تدلّ لذلك. والقديم: المنع؛ لعموم النهي السابق لذلك. وللمضمونات ضمان العقود ـ كبدل خلع وصداق وأجرة ـ حكم الثمن لاستقرارها، بخلاف دين السَّلَمِ كما مرَّ، وفرّق بينه وبين الثمن: بأنه مُعَرَّضٌ بانقطاعه للانفساخ أو الفسخ، وبأن عينه تقصد بخلاف الثمن فيهما.

ويجوز استبدال الحالّ عن المؤجّل وكأنَّ صاحبه عجّله؛ بخلاف عكسه لعدم لحوق الأجل.

---

(١) بشرط أن يكون الاستبدال بإيجاب وقبول وإلا فلا يملك ما يأخذه؛ قاله السبكي، وهو ظاهر، وبحث الأذرعي الصحة بناءً على صحة المعاطاة. انتهى «سم».

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «تفرقتم».

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق / ٣٣٥٤/ بلفظ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء».
وأخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف / ١٢٤٢/ بلفظ: «لا بأس به بالقيمة».
قال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سِمَاكِ بن حربٍ عن سعيد بن جبير عن ابن عمر.
وأخرجه النسائي في «السنن الصغرى»، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة / ٤٥٩٦/ . والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع / ٢٢٨٥/ كلاهما بمثل لفظ أبي داود رحمه الله تعالى.
قال الحاكم رحمه الله تعالى: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط مسلم.

(٤) انظر الحديث السابق مع ألفاظه وتخريجه.

فَإِنْ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا - كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ - اشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ، وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنِ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ؛ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ. وَلَوِ اسْتَبْدَلَ عَنِ الْقَرْضِ . . . . .

فائدة: الثمن: النقد إن قوبل بغيره للعرف، فإن كانا نقدين أو عرضين فما التصقت به الباء المسماة بـ«باء الثَّمَنِيَّة» هو الثمن، والمُثَمَّنُ ما يقابله، فلو قال: «بعتُكَ هذه الدراهم بعبد» ووصفه فالعبد مبيعٌ لا يجوز الاستبدال عنه والدراهم ثمنٌ، أو «بعتُكَ هذا الثوب بعبد» ووصفه فالعبدُ ثمنٌ يجوز الاستبدال عنه لا عن الثوب لأنه مُثْمَنٌ. فإن قيل: مقتضى كلامهم أنه لو باع عبده بدراهم سَلَمًا كانت ثمنًا وصحّ الاستبدال عنها، وقد تقدم أنه لا يصح الاستبدال عن المُسْلَم فيه، أجيب: بأن دخول الباء عارَضَهُ كونه مُسْلَمًا فيه فلا يصحّ، فكلامهم على إطلاقه من أن الثمن مدخول الباء ولكن عارض مانعٌ في هذه الصورة فلا تَرِدُ نقضًا، وقيل: إن قولهم: «يجوز الاستبدال عن الثمن» جرى على الغالب؛ حتى لا تردّ هذه الصورة.

هذا كُلُّهُ فيما لا يشترط قبضه في المجلس، **(فإن استبدل موافقًا في علة الربا؛ كدراهم عن دنانير)** أو عكسه **(اشترط قبض البدل في المجلس)** كما دلّ عليه الخبر السابق؛ حذرًا من الربا، فلا يكفي التعيين عنه، **(والأصح أنه لا يشترط التعيين)** للبدل؛ أي تشخيصه **(في العقد)**؛ لأن الصرف على ما في الذمة جائز. والثاني: يشترط؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين. **(وكذا)** لا يشترط **(القبض)** للبدل **(في المجلس)** في الأصح **(إن استبدل ما لا يوافق في العِلَّةِ)** للربا؛ **(كثوب عن دراهم)**؛ كما لو باع ثوبًا بدراهم في الذمة؛ لكن لا بدّ من التعيين في المجلس قطعًا، وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق. والثاني: يشترط القبض؛ لأن أحد العوضين دينٌ، فيشترط قبض الآخر كرأس مال السَّلَمِ. فإن قيل: كان الأَوْلَى أن يقول: «كطعام عن دراهم»؛ لأن الثوب ليس بربويّ، فلا يحسن أن يقال: إن الثوب لا يوافق الدراهم في علّة الرّبا؟ أجيب: بأن النفي يصدق بنفي الموضوع، فيصدق بأن لا ربا أصلًا.

(ولو استبدل عن القَرْضِ) بمعنى المقروض جاز ولو لم يتلف؛ خلافًا لبعض

وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ.

وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الأَظْهَرِ؛ بِأَنِ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو. وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا.

المتأخرين، وإن كان قبل تلفه غير مستقرّ في الذمة من حيث أن للمُقْرِضِ أن يرجع في عينه.

(و) لو استبدل عن (قيمة المتلف) أو مثله، وكذا عن كل دينٍ ليس بثمنٍ ولا مثمنٍ؛ كالدين المُوصَى به، أو الواجب بتقدير الحاكم في المتعة، أو بسبب الضمان، أو عن زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين (جاز)؛ لاستقرار ذلك، (وفي اشتراط قبضه) أي البدل (في المجلس) وتعيينه (ما سبق) من كونه مخالفًا في علَّة الربا أو لا. قال الإسنوي: وفي الدين الثابت بالحوالة نظرٌ، ويحتمل تخريجه على أن الحوالة بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله وهو المُحال به فيعطى حكمه. انتهى، والثاني أوجه.

[مطلبٌ في بيع الدَّين]

(وبيع الدين) بعينٍ (لغير من عليه باطلٌ في الأظهر؛ بأن اشترى عبد زيد) مثلًا (بمائة له على عمرو)؛ لأنه لا يقدر على تسليمه، وهذا ما صححه في «المحرّر» و«الشرحين» و«المجموع» هنا، وجزم به الرافعي في باب الكتابة. والثاني: يصحّ، وهو المعتمد كما صحَّحه في «زوائد الروضة» هنا موافقًا للرافعي في آخر الخلع، واختاره السبكي وحُكي عن النَّصِّ؛ لاستقراره؛ كبيعه ممن هو عليه، وعلى هذا قال في «المطلب»: يشترط أن يكون المديون مَلِيًّا مُقِرًّا، وأن يكون الدين حالًّا مُسْتَقِرًّا. وصرّح في أصل «الروضة» كالبغوي باشتراط قبض العوضين في المجلس، وهذا هو المعتمد وإن قال في «المطلب»: «مقتضى كلام الأكثرين يخالفه»، ولا يصحّ أن يحمل الأوّل على الربويّ والثاني على غيره كما قال بعض المتأخرين؛ لأن مثالهم يأبى ذلك؛ لأن الشيخين مَثَّلا ذلك بِعَبْدٍ.

تنبيه: القول بالصحة إنما يجري في غير المُسْلَمِ فيه كما يؤخذ من تعليله ومما مرَّ.

(ولو كان لزيد وعَمْرٍو دينان على شخص فباع زيد عمرًا دينه بدينه بطل قطعًا) اتفق

وَقَبْضُ الْعَقَارِ . . . .

الجنس أو اختلف؛ لنهيه ﷺ عن بَيْعِ الكَالِيءِ[1] بِالْكَالِيءِ[2]؛ رواه الحاكم وقال: «إنه على شرط مسلم»، وفُسِّرَ ببيع الدين بالدين[3] كما ورد التصريح به في رواية البيهقي[4].

[مطلبٌ في بيان القبض]

ثم شرع في بيان القبض، والرّجوع في حقيقته إلى العرف فيه؛ لعدم ما يضبطه شرعًا أو لغةً؛ كالإحياء والحِرْزِ في السرقة.

[ما يتمُّ به قبض العقار]

فقال: (وقبض العقار[5]) أي إقباضه، وهو الأرض والنخل . . . .

---

(١) هو بالهمز كما ضبطه شُرّاحُ الحديث. انتهى «فتح الباري» لـ«حج» على البخاري، وهو من الكلاءة وهي الحفظ، ولا شكَّ أن الدَّين محفوظٌ فكيف أُطلق عليه اسم الفاعل والقياس اسم المفعول؟ وجوابه: أنه متأوّل، ومن جملة ما قيل في تأويله أنه استعمل الأول في موضع الثاني مجازًا؛ كقوله تعالى: ﴿مَّآءٍ دَافِقٍ﴾ [الطارق: ٦] أي مدفوق، و﴿لَا عَاصِمَ ٱلْيَوْمَ مِنْ أَمْرِ ٱللَّهِ﴾ [هود: ٤٣]؛ أي لا معصوم؛ «شوبري».

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٤٢/ عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء».
قال الحاكم رحمه الله تعالى: هذا حديثٌ صحيحٌ على شرط مسلم، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط مسلم.

(٣) أخرجه البيهقي، كتاب البيوع، جماع أبواب الربا /١٠٥٣٨/ عن نافع قال: «وذلك بيع الدين بالدَّين».
وأخرجه في الحديث رقم /١٠٥٣٩/ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كالىءٍ بكالىءٍ؛ الدَّين بالدَّين».
قلت: ذكر الصنعاني في «سبل السلام» رواية ابن عمر رضي الله عنه وقال: رواه ابن إسحاق والبزار بإسناد ضعيف.
وقال: قال أحمد: ليس في هذا حديث يَصِحُّ؛ لكن إجماع الناس أنه لا يجوز بيع دين بدين.

(٤) هذا التفسير ذكره الفقهاء أخذًا من الرواية الأخرى، والذي في الصِّحاح وغيره أن الكالئ بالكالئ هو النسيئة بالنسيئة؛ أي المؤجَّل؛ «سم».

(٥) حاصل أطراف هذه المسألة: أن المبيع إما منقولٌ أو غيره، وكُلٌّ إما حاضرٌ في مجلس العقد أو غائبٌ عنه، وكُلٌّ إما بيد المشتري أو غيره، وكلٌّ إما مشغول أو غير مشغول، والمشغول إما بأمتعة المشتري أو البائع أو الأجنبي أو مشتركة، والمشتركة إما بين اثنين منهم أو بين الثلاثة. والمراد=

تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، . . . .

والضِّياع[١] كما قاله الجوهري، وأراد بالضياع الأبنيةَ. (تخليته للمشتري) أي تركه له بلفظ يدل عليها من البائع كما اقتضاه كلام «المطلب» نقلًا عن الأصحاب. (وتمكينه من التصرّف) فيه بتسليم المفتاح[٢] إليه وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله. ويشترط ـ كما في «الكفاية» ـ أن لا يكون هناك مانع حِسِّيٌّ ولا شرعيٌّ؛ لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكامًا ولم يُبَيِّنْهُ ولا له حدٌّ في اللغة، فَيُرجع فيه إلى العرف كما مرَّ، والعُرْفُ قاضٍ بما ذكره المصنف في هذا وما بعده.

قال الرافعيُّ: «وفي معنى العقار الأشجارُ الثابتةُ والثَّمرة المبيعةُ على الشجر قبل أوان الجداد»[٣]. وتقييدُهُ بذلك يشعر بأن دخول وقت قطعها يُلحقها بالمنقول، وهو ـ كما قال الإسنوي ـ متّجه وإن نازع فيه الأذرعي.

= بأمتعة المشتري ما له يَدٌ عليها وحده ولو بوديعة وإن كانت للبائع أو للأجنبي وكذا البقية، والمراد قبضُ غيرِ منقولٍ حاضر بمحلِّ العقد وليس بيد المشتري، والمراد بغير المنقول ما لا يمكن نقله بحاله الذي هو عليه حالة البيع، فلا ينافي أن الثمرة منقولة؛ «ع ش».

انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، بابٌ في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده، (٢/ ٣٦١ـ٣٦٢) باختصارٍ.

(١) بكسر الضاد: جمع «ضيعة»، وهي القرية الصغيرة.

(٢) أي إن كان مغلقًا وكان المفتاح موجودًا. ولو اشتملت الدار على أماكن بها مفاتيح فلا بُدَّ من تسليم تلك المفاتيح وإن كانت تلك الأماكن صغيرة كالخزائن الخشب. انتهى «ح ل». فالمراد بالمفتاح الجنس. فلو قال له البائع: «تَسَلَّمْهُ واصنع له مفتاحًا» فينبغي أن يستغني بذلك عن تسليم المفتاح. انتهى «سم». ومع ذلك ينفسخ العقد في المفتاح بما يقابله من الثمن، ويثبت للمشتري الخيار بتلفه في يد البائع وإن كانت قيمة المفتاح تافهة «ع ش» على «م ر». والمراد تسليمه المفتاح مع عدم مانع شرعيٍّ كشغل الدار بأمتعة غير المشتري أو أجنبي؛ ككونها في يد غاصب، والمراد أيضًا بالمفتاح مفتاح غلق مُثْبَتٍ؛ بخلاف مفتاح القفل كما قاله «ع ش».

انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب في حكم المبيع ونحوه قبل القبض وبعده، (٢/ ٣٦٢).

(٣) وكذا بعده على المعتمد. و«الجداد» بفتح الجيم وكسرها مع إعجام الذَّالين وإهمالهما، ففيه أربع لغات.

بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ اعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الأَصَحِّ.

تنبيه: قال الشارح: لو أتى المصنف بالباء في «التخلية» كما في «الروضة» وأصلها و«المحرّر» كان أقْوَمَ إلَّا أن يُفَسَّرَ القبضُ بالإقباض. انتهى؛ أي لأن القبض فعل المشتري والتخلية فعل البائع، فلولا التأويل المذكور كما قدّرته في عبارته لما صَحَّ الحمل.

(بشرط فراغه من أمتعة البائع[1])؛ لأن التَّسليم في العُرْفِ موقوف على ذلك، فيفرغها بحسب الإمكان، ولا يكلف تفريغها في ساعةٍ واحدةٍ إذا كانت كثيرةً، وسيأتي في باب الأصول والثمار أن الأرض المزروعة يحصل تسليمها بالتخلية مع بقاء الزرع لِتَأَتِّي التفريغ هنا في الحال بخلافه ثَمَّ. ولو جُمِعَتِ الأمتعة في بيت من الدار وخُلِّيَ بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه، فإن نُقِلَتِ الأمتعة منه إلى بيتٍ آخرَ حصل القبض في الجميع.

تنبيه: تقييد المصنِّفِ بأمتعة البائع يُخرج به أمتعة المشتري فقط، أما أمتعة غير المشتري من مستأجِرٍ ومستعيرٍ ومُوصًى له بالمنفعة فكأمتعة البائع كما قاله الأذرعي وإن خالف في ذلك غيره فاحذره.

(فإن لم يحضر العاقدان المبيع)، وحضورُهُمَا لا يشترط على الأصح لما فيه من المشقة (اعتبر) في حصول قبضه (مُضِيُّ زمن يمكن فيه المُضِيُّ إليه في الأصح)؛ سواءً أكان في يد المشتري أم لا، منقولاً كان أو لا؛ لأنَّا لا نعتبر الحضور للمشقة، ولا مشقة في مُضِيِّ الزمان فاعتبر. والثاني: لا يعتبر؛ لأنه لا معنى لاعتباره مع عدم الحضور. وعلى الأول لا يُعتبر نفس المضيّ، ولا يفتقر في الغائب عن العاقدين، ولا في الحاضر بيد المشتري إلى إذن البائع إن لم يكن له حَقُّ الحبس وإلَّا افتقر.

---

(١) ولو اشترى الأمتعة مع الدار فلا بدّ في قبضها من نقلها، ويتسامح في بقاء الأمتعة الحقيرة كحصير، لا كفصٍّ صغير الجرم كثير القيمة في ظرف صغير، ويفرَّق بينه وبين الحقير: بأنه لغلوه يقصد حفظه في الدار وإحرازه بها، فَتُعَدُّ مشغولة ولا كذلك الحقير. انتهى «س ل». وفصَّل بعضهم فقال: إن اشتراها مع الدار أو بعد شراء الدار اشترط التفريغ، وإن اشتراها قبل شراء الدار لم يشترط التفريغ.

وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ، . . . .

[ما يتمُّ به قبض المنقول]

(وقبض المنقول[١]) من حيوان أو غيره (تحويله)؛ لما روى الشيخان عن ابن عمر: «كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ الله ﷺ أَنْ نَبِيْعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ»[٢]، وقيس بالطَّعام غيرُهُ، فيأمر العبدَ بالانتقال من موضعه، ويسوق الدَّابَّةَ أو يقودها، لا يكفي ركوبُها واقفةً ولا استعمالُ العبد كذلك ولا وطءُ الجارية، وقولُ الرافعي في كتاب الغصب: «لو رَكِبَ المشتري الدَّابَّةَ أو جلس على الفراش حصل الضمان، ثم إن كان ذلك بإذن البائع جاز له التصرّف أيضًا وإن لم ينقله، وإلَّا فلا» صحيحٌ في الضمان غيرُ صحيح في التصرّف.

ويكفي في قبض الثوب ونحوه مما يتناول باليد التناولُ، ومَرَّ أن بيع الثمرة على الشجرة[٣] قبل أوان الجداد يكفي فيه التَّخليةُ، وكذا بيع الزرع في الأرض، وأن إتلاف المشتري المبيع قبض له، فيستثنى ذلك من كلامه هنا، ويُستثنى أيضًا القسمة، فلا حاجة إلى تحويل المقسوم ولو جعلنا القسمةَ بيعًا؛ إذ لا ضمان فيها حتى يسقط بالقبض.

تنبيه: يُؤخذ من التعبير بالنقل أن الدَّابَّةَ مثلًا لو تحوّلت بنفسها ثم استولى عليها المشتري لا يحصل القبض، وهو كذلك، سواء استولى عليها بغير إذن البائع أم بإذنه لما مَرَّ أن كلام الرافعي في الغصب ضعيفٌ.

ولو كان المبيع تحت يد المشتري أمانةً أو مضمونًا وهو حاضرٌ ولم يكن للبائع حَقُّ الحبس صار مقبوضًا بنفس العقد؛ بخلاف ما إذا كان له حق الحبس فإنه لا بُدَّ من إذنه كما مَرَّ.

---

(١) أي حاضرٍ بمحلِّ العقد وليس بيد المشتري.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله / ٢٠٣٠/ عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون جزافًا ـ يعني الطعام ـ يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه إلى رحلهم».
وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض / ٣٨٤٣/ بلفظ الترجمة.

(٣) قوله: «على الشجرة» ليس في نسخة البابي الحلبي.

فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيِّزٍ، . . . .

ولو باع شجرةً بشرط القطع كفى فيها التَّخليةُ كما ذكره القفّال في «فتاويه». ولو اشترى الأمتعة مع الدار صفقةً اشترط في قبضها نقلها كما لو أُفرِدَتْ، وقيل: لا؛ تبعًا لقبض الدار. ولو اشترى صُبْرَةً ثم اشترى مكانها لم يَكْفِ خلافًا للماوردي؛ كما لو اشترى شيئًا في داره فإنه لا بُدَّ من نقله، وما فرّق به بينهما غير مُعْتَبَرٍ.

والسَّفينةُ من المنقولات كما قاله ابن الرِّفعة، فلا بُدَّ من تحويلها؛ وهو ظاهر في الصغيرة وفي الكبيرة[١] في ماءٍ تسير فيه، أما الكبيرة في البَرِّ فكالعقار فيكفي فيها التخلية لِعُسر النقل، وعلى كُلِّ تقديرٍ لا بُدَّ فيها من تفريغها من أمتعة البائع ونحوه.

ولو بيع ظرفٌ دون مظروفه اشتُرِط في تسليمه تفريغه كالسفينة، وكذا كُلُّ منقول لا بُدَّ من تفريغه.

(فإن جرى البيع) في أَيِّ مكان كان والمبيعُ (بموضع لا يختصُّ بالبائع[٢])؛ بأن اختصَّ بالمشتري بمِلْكٍ أو وقفٍ أو وصيةٍ له بالمنفعة أو إجارة أو إعارة أو نحو ذلك؛ كتحَجُّرٍ على ما سيأتي في الإحياء إن شاء الله تعالىٰ، أو لم يختصَّ بأحد؛ كمواتٍ وشارعٍ ومسجدٍ (كفى) في قبضه (نقله) من حَيِّزٍ (إلى حَيِّزٍ) آخر من ذلك الموضع. وشمل كلامه المغصوبَ من أجنبيّ والمشتركَ بين المشتري وغيرِهِ وبين البائع وغيرِهِ، فإنه يصدق أنه لا اختصاص للبائع به وإن قال الإسنوي: «فيه نظرٌ».

(١) قال «م ر»: إذا كانت لا تَنْجَرُّ بالجرِّ فهي كالعقار سواء كانت في البرِّ أو البحر، وإلا بأن كانت تَنْجَرُّ بجَرِّهِ ولو بمعاونة غيره على العادة فكالمنقول، ولا يشترط أن تكون تَنْجَرُّ بجَرِّهِ وحده بدليل أن الحمل الثقيل الذي لا يقدر وحده على نقله ويحتاج إلى معاونة غيره فيه من المنقول الذي يتوقف قبضه على نقله، ولا يشترط أيضًا أن تَنْجَرَّ بجَرِّهِ مع الخلق الكثير، وإلا فكلُّ سفينة يمكن جرُّها بجمع الخلق الكثير لها. انتهى.

(٢) يقتضي أنه لو نقله إلى مشترك بين البائع وغيره حصل القبض ولو بغير إذن، قال الإسنوي: «وفيه نظر»، والمعتمد أنه لا يحصل القبض بالنقل إليه كما هو قضية النظر «زي»؛ أي فلا بُدَّ من الإذن فيه أيضًا مع النقل. انتهى «شوبري»، فالأَوْلَى أن يقول: لما ليس للبائع فيه حق؛ أي خاصٌّ، فلا يرد الشارع والمسجد ونحوهما؛ لأن حقه فيها عام فلا يحتاج إلى إذنه.

وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ.

تنبيه: كان الأَوْلَى للمصنف أن يزيد «والمبيع» بالميم، فإن جريان البيع لا مدخل له فيما نحن فيه كما قَدَّرْتُهُ في كلامه؛ لكنه تَبِعَ «المحرّر» في ذلك، ولعلَّه من غير تأمُّلٍ.

وقوله: «لا يختصُّ بالبائع» قال الوليُّ العراقي: إنه مقلوبٌ، وصوابه: «لا يختصُّ البائع به»؛ لأن الباء تدخل على المقصور الذي لا يتعدَّى. انتهى، وفي التعبير بـ«الصواب» نظرٌ؛ لأن دخولها على المقصور أكثريٌّ لا كليٌّ.

(وإن جرى) البيع في أيِّ مكانٍ كان كما مَرَّ والمبيعُ (في دار البائع) أي في موضع يَسْتَحِقُّ منفعته[١] أو الانتفاع به بمِلْكٍ أو وقفٍ أو وصيةٍ أو إجارةٍ أو إعارةٍ أو نحو ذلك؛ كتحجّر كما مرَّ (لم يكف ذلك) النَّقْلُ في قبضه (إلَّا بإذن البائع[٢]) فيه؛ لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها؛ نعم لو جعله ـ أي المشتري ـ في أمتعة له أو مستعارة من البائع كفى كما نقله في «الكفاية» عن القاضي حسين وأقرّه. ويستثنى من إطلاقه ما إذا كان المنقول خفيفًا فقبضه بتناوله باليد كما مَرَّ؛ إذ لا فرق بين وقوعه فيما يختصُّ بالبائع أو لا. ويشترط في المقبوض كونه مرئيًّا للقابض وإلَّا فكالبيع، نَبَّهَ على ذلك الزركشي. أما إذا أَذِنَ له البائع (فيكون معيرًا للبقعة) التي أَذِنَ في النقل إليها؛ كما لو استعارها من غيره.

تنبيه: قوله: «لم يَكْفِ»؛ أي بالنسبة إلى التصرّف، أما بالنسبة إلى نقل الضمان فإنه يكون كافيًا لاستيلائه عليه، وكذا لو أَذِنَ له في مجرّد التحويل. هذا كله في منقول بيع بلا تقدير، فإن بيع بتقديرٍ فسيأتي.

---

(١) أو يختصُّ به ولو بنحو إجارة ووصية وعارية، فإن قلت: يشكل على هذا قولهم: «إن المستعير لا يعير» مع ما يأتي أنه بالإذن معير للبقعة، قلت: لا يشكلُ؛ لِمَا يأتي أن له إنابة من يستوفي له المنفعة؛ لأن الانتفاع راجع إليه وما هنا من هذا؛ لأن النقل للقبض انتفاع يعود للبائع يبرئه عن الضمان، فيكفي إذنه فيه ولم يكن محضَ إعارة حتى يمتنع، وحينئذٍ تسميته في هذه معيرًا باعتبار الصورة لا الحقيقة. انتهى «زي». قال «ع ش»: وقضيته أنها لو تلفت البقعة تحت يد المشتري لم يضمن، وهو ظاهر لما ذكره من أنه في الحقيقة نائب في استيفاء المنفعة عن المستعير.

(٢) فلا بُدَّ من ذلك وإن لم يكن له حق الحبس، فيقول: «أذنتُ لك في النقل للقبض»؛ لأن يده عليه حسًّا؛ «ح ل». ولا بُدَّ أن يقول: «أذنتُ لك في النقل للقبض إليه»؛ أي إلى المَحَلِّ المختص به كما يدل عليه قوله: «فيكون معيرًا له»؛ أي للحيز الذي أذن في النقل إليه.

فَرْعٌ [في وقت استقلال المشتري بقبض المبيع]

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ سَلَّمَهُ، وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ.

وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا، وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا اشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ ....

فرعٌ [في وقت استقلال المشتري بقبض المبيع]

زاد الترجمة به. (للمشتري قبض المبيع) استقلالًا[١] (إن كان الثمن مؤجَّلًا)؛ لانتفاء حق الحبس، وكذا لو حَلَّ قبل التسليم وإن خالف في ذلك الإسنوي، (أو) كان حَالًّا و(سلّمه) لِمُسْتَحِقِّهِ، (وإلَّا) أي وإن كان حالًّا ولم يسلمه كُلَّهُ أو بعضَهُ (فلا يستقلّ به)؛ بل لا بدّ من إذن البائع فيه؛ لأنَّ حق الحبس ثابت له، فإن استقلّ به لزمه ردّه ولا ينفذ تصرّفه فيه[٢]؛ لكن يدخل في ضمانه باليد الحِسِّيَّةِ لا الشرعية ليطالب به إن خرج مستحقًّا واستقرّ ثمنه عليه.

[ما يُشترط في قبض المكيل والموزون]

(ولو بيع الشيء تقديرًا؛ كثوب وأرض ذرعًا) ـ بإعجام الذَّال ـ (وحنطة كيلًا أو وزنًا اشترط) في قبضه (مع النقل) في المنقول (ذرعه[٣]) إن بيع ذرعًا؛ بأن كان يُذرع،

---

(١) أي بمعنى أنه لا يتوقَّف صحة قبضه على تسليم البائع ولا إذنه في القبض، ولكن لو كان المبيع في دار البائع أو غيره لم يكن للمشتري الدخول لأخذه من غير إذن في الدخول؛ لِمَا يترتب عليه من الفتنة وهتك ملك الغير بالدخول، فإن امتنع صاحب الدار من تمكينه جاز له الدخول لأخذ حَقِّهِ؛ لأن صاحب الدار بامتناعه من التمكين يصير كالغاصب للمبيع؛ «ع ش» على «م ر».

(٢) أي المشتري فيه. وقوله: «لكنه يدخل في ضمانه»؛ أي ضمان يد وضمان عقد؛ كما أشار إليه بقوله: «ليطالب به إن خرج مستحَقًّا»؛ أي وتلف وليستقرَّ ثمنه عليه؛ أي إن تلف ولم يخرج مستحَقًّا، فهذا يدلُّ على أنه ضمان عقد، وما قبله يدل على أنه ضمان يدٍ؛ «زي» و«س ل». والمعتمد عند «م ر» أنه يضمن ضمان يد، فقول الشارح: «استقرَّ ثمنه عليه» ضعيفٌ. وفي «ع ش» على «م ر» أنه يضمنه ضمان يدٍ فقط لا ضمان عقد، فإذا تلف في يده انفسخ العقد ويسقط عنه الثمن ويلزمه البدل الشرعي.

(٣) ولا بدَّ من وقوع ذلك من البائع أو نائبه، فلو أذن للمشتري أن يكتال من الصُّبرة عنه لم يصحَّ؛ لاتحاد القابض والمقبض.

أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ؛ مِثَالُهُ: «بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ»، أَوْ: «عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ».

(أو كيله) إن بيع كيلًا؛ بأن كان يُكال، (أو وزنه) إن بيع وزنًا؛ بأن كان يُوزن، أو عَدُّهُ إنْ بيع عدًّا؛ بأن كان يُعَدُّ؛ لورود النصّ في الكيل في خبر مسلم: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ»[1]، دَلَّ على أنه لا يحصل فيه القبض إلّا بالكيل، وليس بمعتبر في بيع الجزاف إجماعًا، فَتَعَيَّنَ فيما قدّر بكيل الكيلُ وقيس عليه الباقي.

ويعتبر أن يكيل البائع أو وكيلُهُ، فلو قال لغريمه: «اكتل حَقَّكَ من صُبْرتي» لم يصحَّ؛ لأن الكيل أحدُ ركني القبض، وقد صار نائبًا فيه من جهة البائع متأصِّلًا لنفسه. ولو تنازعا فيمن يكيل نَصَبَ الحاكمُ كيّالًا أمينًا يتولّاه، ويقاس بالكيل غيره.

وأجرة كيّال المبيع أو وَزّانه أو من ذرعَهُ أو عَدَّهُ ومؤنة إحضاره إذا كان غائبًا إلى مَحَلِّ العقد ـ أي تلك المحلّة ـ على البائع، وأجرة كيّال الثمن أو وزّانه أو من ذرعه أو عَدَّهُ ومؤنة إحضار الثمن الغائب إلى مَحَلِّ العقد على المشتري. وأجرة النَّقْلِ المحتاج إليه في تسليم المبيع المنقول على المشتري؛ أي وقياسه أن يكون في الثمن على البائع، وأجرة نَقَّادِ الثمن على البائع؛ أي وقياسه أن يكون في المبيع على المشتري؛ لأن القصد منه إظهار عيبٍ إن كان ليردّ به، ولا فرق في الثمن بين أن يكون معينًا أو لا كما أطلقه الشيخان، وإن قيّده العمرانيُّ في كتاب الإجارة بما إذا كان الثمن معينًا. ولو أخطأ النَّقَّادُ فظهر بما نقده غِشٌّ وتعذّر الرجوع على المشتري فلا ضمان عليه وإن كان بأجرة كما أطلقه صاحب «الكافي»، وإن قيّده الزركشي بما إذا كان مُتَبَرِّعًا؛ لكن لا أجرة له؛ كما لو استأجره للنسخ فغلط فإنه لا أجرة له، فإن قيل: إنه يغرم هناك أرشَ الورق، فقياسه أن يكون هنا ضامنًا، وهو ما استند إليه الزركشيُّ، أجيب: بأنه هناك مُقَصِّرٌ وهنا مجتهدٌ، والمجتهد غير مُقَصِّرٍ.

ثم إن المصنف رحمه الله تعالىٰ بَيَّنَ لك القدر في المكيل بمثالين لتقيس عليه غيره، فقال: (مثاله: **بِعْتُكَهَا**) أي الصُّبرة (**كُلَّ صاع بدرهم**، أو) **بِعْتُكَهَا** بخمسة مثلًا (**على أنها عشرة آصُعٍ**)؛ لكن في المثال الثاني ـ كما قال ابن شهبة ـ نظرٌ؛ لأنه جعل ذلك وصفًا كالكتابة في العبد، فينبغي أن لا يتوقف ذلك على الكيل، ويخالف ما إذا باعها كُلَّ صاع

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض / ٣٨٣٩/ .

وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو. فَلَوْ قَالَ: «اقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ» فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ.

بدرهم، فإن التقدير يحتاج إلى معرفة الثمن، فلو قبض ما ذكر جزافًا لم يَصِحَّ القبض؛ لكن يدخل المقبوض في ضمانه.

(ولو كان له) أي لِبَكْرٍ (طعامٌ) مثلًا (مُقَدَّرٌ)؛ كعشرة آصع (على زيد، ولعمرٍو عليه مثله فليكتل) بَكْرٌ (لنفسه) من زيدٍ (ثم يكيل لعمرٍو)؛ لأن الإقباض هنا متعدِّدٌ ومن شرط صحته الكيل، فلزم تعدّد الكيل، وللنَّهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصَّاعان كما رُوي مرفوعًا[1]؛ يعني صاعَ البائع وصاع المشتري. قال القاضي حسين: والمعنى فيه أن كُلَّ واحد منهما يستحقُّ على من له عليه الحق قبضه بالكيل، والكيلانِ قد يقع بينهما تفاوت فلم يجز الاقتصار على الكيل الأول لجواز لو حدّده لظهر فيه تفاوت، فإذا كال لنفسه وقبضه ثم كاله لغريمه فزاد أو نقص بقدرٍ يقع بين الكيلين لم يؤثر، فتكون الزيادة له والنقص عليه، أو بما لا يقع بين الكيلين، فالكيل الأول غلطٌ فيردُّ بكرٌ الزيادة ويرجع بالنقص. ولو قبضه في المكيال وسلّمه لغريمه فيه صحّ؛ لأن استدامة المكيال كابتدائه، وقد يقال في الذرع كذلك.

(فلو قال) بَكْرٌ لِعَمْرٍو: («اقبض من زيد ما لي عليه لنفسِكَ»)، أو «احضر معي لأقبضه أنا لك» (ففعل فالقبض فاسدٌ) له؛ لاتحاد القابض والمُقْبِضِ، وضمنه القابض لاستيلائه عليه لغرضه، وبرىء زيدٌ من حق بكرٍ؛ لإذنه في القبض منه في الأُولى وقبضه بنفسه في الثانية. وإن قال له: «اقبضه لي ثُمَّ لنفسِكَ» أو «احضر معي لأقبضه لي ثُمَّ لك» ففعل صحَّ القبض الأول؛ إذ لا مانع منه دون الثاني؛ لاتحاد القابض والمُقْبِضِ، وضمنه القابضُ، وبَرِىءَ زيدٌ من حَقِّ بكرٍ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه، أبواب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبلُ ما لم يقبض /٢٢٢٨/ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع وصاع المشتري».
قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الأنصاري، وهو ضعيف.

فرعٌ [في اختلاف البائع والمشتري في الابتداء بتسليم البدلين]

قَالَ الْبَائِعُ: «لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ»، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ، وَفِي قَوْلٍ: الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلٍ: لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، . . . .

فروع: لا يجوز للمستحِقِّ أن يوكِّلَ في القبض من يَدُهُ يَدُ المقبض؛ كرقيقه ولو مأذونًا له في التجارة، كما لا يجوز أن يوكل فيه المقبض؛ بخلاف ابنه وأبيه ومكاتبه. ولو قال لغريمه: «وَكِّلْ من يقبض لي منك»، أو قال لغيره: «وَكِّلْ من يشتري لي منك» صحَّ، ويكون وكيلًا له في التوكيل في القبض أو الشراء منه. ولو وكّل البائعُ رجلًا في الإقباض ووكّله المشتري في القبض لم يصحّ تَوَكُّلُهُ لهما معًا؛ لاتحاد القابض والمقبض. ولو قال لغريمه: «اشتر بهذه الدراهم لي مثل ما تستحقُّهُ عَلَيَّ واقبضه لي ثُمَّ لنفسك» صحَّ الشراء والقبض الأوّل دون الثاني؛ لاتحاد القابض والمقبض، أو قال: «واقبضه لنفسِكَ» فسد القبض؛ لأن حق الإنسان لا يتمكن غيره من قبضه لنفسه، وضمنه الغريم لاستيلائه عليه، وبَرِىءَ الدافع من حق الموكِّلِ لإذنه في القبض منه. أو قال: «اشتر بها ذلك لنفسِكَ» فسدت الوكالة؛ إذ كيف يشتري بمال الغريم لنفسه والدراهم أمانةٌ بيده؟ فإن اشترى بعينها بطل، أو في الذمة صحَّ ووقع عنه وأدّى الثمن من ماله. وللأب وإن عَلَا أن يتولّى طَرَفَي القبض كما يتولّى طَرَفَي البيع كما مَرَّ في بابه.

فرعٌ [في اختلاف البائع والمشتري في الابتداء بتسليم البدلين]

زاد الترجمة به أيضًا. إذا (قال البائع) مالَ نفسِهِ بثمن حَالٍّ في الذِّمَّةِ بعد لزوم العقد: («لا أسلِّم المبيع حتى أقبض ثمنه»، وقال المشتري في الثمن مثله)؛ أي «لا أسلِّمه حتى أقبض المبيع»، وترافعا إلى حاكم (أجبر البائع) على الابتداء بالتسليم؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة، فيقدّم ما يتعلق بالعين؛ كأرش الجناية مع غيره من الديون. (وفي قول: المشتري)؛ لأن حقّه متعيِّنٌ في المبيع وحَقّ البائع غير متعيِّنٍ في الثمن، فيؤمر بالتعيين ليتساويا في تعيّن الحق. (وفي قول: لا إجبار) أوّلًا، وعلى هذا يمنعهما الحاكم من التخاصم، (فمن سَلَّم أُجْبِرَ صاحبه) على التسليم؛ لأن كلًّا منهما ثبت له إيفاء واستيفاء، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء قبل

وَفِي قَوْلٍ: يُجْبَرَانِ؛ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الأَظْهَرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ، ....

الاستيفاء[1]؛ حكاه الشافعي في «الأمّ» عن غيره، ثم ردّه؛ لأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوقَ. (وفي قول: يُجبران)؛ لأن التسليم واجب عليهما، فيُلْزِمُ الحاكم كلًّا منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل، فإذا فعل سَلَّمَ الثمن للبائع والمبيعَ للمشتري يبدأ بأيهما شاء.

(قلت: فإن كان الثمن معينًا سقط القولان الأوّلان)، سواء كان الثمن نقدًا أم عرضًا كما صرّح به في «الشرح الصغير» و«زوائد الروضة»، ولا ينافي ذلك تصوير الرافعي في «الشرح الكبير» سقوطهما في بيع عرض بعرض؛ قال الشارح: «لأن سكوته عن النقد لا ينفيه». (وأجبرا في الأظهر، والله أعلم)؛ لاستواء الجانبين؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلّق الحق بالعين.

أما إذا كان نائبًا عن غيره كالوكيل وناظر الوقف والحاكم في بيع أموال المفلس وعامل القراض فإنه لا يُجبر على التسليم؛ بل لا يجوز له ذلك حتى يقبض الثمن، فلا يتأتّى إلّا إجبارهما أو إجبار المشتري، ولا يتأتّى قول الإعراض عنهما؛ لأن الحال لا يحتمل التأجيل. قال الإمام: «ولو تبايع وليّان أو وكيلان لم يأتِ سوى إجبارهما».

(وإذا سَلَّمَ البائع) بإجبار أو بدونه (أُجبر المشتري) على التسليم في الحال (إن حضر الثمن) في المجلس؛ لأن التسليم واجبٌ عليه ولا مانعَ منه. وإذا أصرَّ المشتري على الامتناع لا يثبت للبائع حَقُّ الفسخ كما سيأتي في كتاب الفلس. والمراد بحضور الثمن حضورُ عينه إن كان معينًا، أو نَوعِهِ الذي يُقْضَى منه إن كان في الذِّمَّةِ، فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يسمّى ثمنًا إلّا مجازًا. (وإلّا) أي وإن لم يحضر الثمن: (فإن كان) المشتري (مُعْسِرًا) بالثمن فهو مفلس، (فللبائع الفسخ بالفلس) وأخذ المبيع لما سيأتي

---

(١) قوله: «قبل الاستيفاء» ليس في نسخة البابي الحلبي.

أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَوْ بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ، فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ، فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا.

وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ . . . .

في بابه، وحينئذ فيشترط فيه حجر القاضي وإن اقتضت عبارة المصنف كالروضة وأصلها أنه يستقلّ بذلك من غير تَوَقُّفٍ على حجر الحاكم. وفي افتقار الرُّجوع بعد الحجر إلى إذن الحاكم وجهانِ: أشهرهما ـ كما قال الرافعي ـ أنه لا يفتقر. (**أو موسرًا وماله بالبلد أو بمسافةٍ قريبةٍ**)، وهو دون مسافة القَصْرِ (**حجر عليه في**) المبيع وفي جميع (**أمواله**) وإن كانت وافيةً بدينه (**حتَّى يُسَلِّمَ**) الثمن؛ لئلّا يتصرَّفَ في ذلك بما يبطل حق البائع، وهذا يسمَّى بالحجر الغريب؛ قال السبكي: «والفرق بينه وبين حجر الفلس حيث اعتبر فيه نقص ماله مع المبيع عن الوفاء: أن المفلس سلّطه البائع على المبيع باختياره ورضي بذمته بخلافه هنا». هذا إذا لم يكن محجورًا عليه بفلسٍ، وإلَّا لم يُحجر عليه أيضًا هذا الحجر لعدم فائدته؛ لأن حَجْرَ الفلس يتمكن فيه من الرجوع إلى عين ماله بشرطه الآتي، وهذا الحجر يخالفه في ذلك، وفي كونه لا يَتَوَقَّفُ على ضيق المال كما مَرَّ، ولا يَتَوَقَّفُ على فَكِّ القاضي؛ بل ينفك بمجرد التسليم كما جزم به الإمام وتبعه البلقيني وإن خالف في ذلك الإسنوي وجعله كحجر الفلس.

(**فإن كان**) ماله (**بمسافة القصرِ**) فأكثر (**لم يُكَلَّفِ البائع الصبر إلى إحضاره**)؛ لتضرّره بذلك، (**والأصح أن له الفسخ**)، ولا يُحتاج هنا إلى حجرٍ خلافًا لبعض المتأخرين؛ لتعذّر تحصيل الثمن كالإفلاس به. والثاني: ليس له الفسخ؛ بل يُباع المبيع ويؤدَّى حقّه من الثمن كسائر الديون. (**فإن صبر**) البائع إلى إحضار المال (**فالحجر**) يُضْرَبُ على المشتري (**كما ذكرنا**) في المبيع وفي جميع أمواله حتَّى يسلم الثمن لما مَرَّ. (**وللبائع حبس مبيعه حتَّى يقبض ثمنه**) كُلَّهُ الحالّ أصالةً (**إن خاف فوته بلا خلافٍ**)، وكذا للمشتري حبسُ الثمن المذكور إن خاف فوت المبيع بلا خلاف. (**وإنَّما الأقوال**) السابقة (**إذا لم يخف**) أي البائعُ (**فوته**) أي الثمن، وكذا المشتري فوتَ المبيع

وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ.

(وتنازعا في مجرد الابتداء) بالتسليم؛ لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو تمليك المال أو نحو ذلك فيه ضررٌ ظاهرٌ. أما الثمن المؤجّل فليس للبائع حبسُ المبيع به وإن حَلَّ قبل التسليم كما مَرَّ لرضاه بتأخيره.

تنبيه: كان الأَوْلَى للمصنف أن يقول: «ولكلٍّ بائع ومشترٍ حبسُ ما بذله حتى يقبض عوضه» ليشمل المشتري كما قررتُهُ؛ ولكن إنما صرّح بالبائع لأنه قَدَّمَ تصحيحَ إجباره فذكر شرط وجوبه.

ولو استبدل عن الثمن ثوبًا مثلًا؛ قال القفال: «ليس له الحبس؛ لأنه أبطل حقّه من الحبس بنقله إلى العين؛ إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن وقد بدّله»؛ لكن عبارة «الروضة»: «ولو صالح من الثمن على مالٍ فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض»، قال الوليُّ العراقي: «ولعلّ الأول محمولٌ على ما إذا استبدل عينًا، والثاني على ما إذا استبدل دينًا». انتهى، والمعتمد إطلاق عبارة «الروضة» كما جرى عليه ابن المقري في «روضه».

[اختلاف عاقدي الإجارة والسَّلم في الابتداء بتسليم البدلين]

خاتمة: اختلاف المُكري[١] والمستأجر في الابتداء بالتسليم كاختلاف البائع والمشتري في ذلك، وما قيل من أن اختلاف المُسْلِمِ والمُسْلَمِ إليه كذلك مردودٌ كما قاله شيخنا؛ لأن الإجبار إنما يكون بعد اللُّزوم كما مرَّ، والسَّلَمُ إنما يلزم بعد قبض رأس المالِ والتفرّقِ من المجلس.

[حكم حبس البائع المبيع بعد تسليمه للمشتري أو إعارته أو إيداعه له]

ولو تبرّع البائع بالتسليم لم يكن له حق الحبس، وكذا لو أعاره البائعُ للمشتري؛ قال الزركشي: «والمراد من العارية نقلُ اليدِ كما قالوه في إعارة المرتهن الرَّهْنَ للراهن، وإلَّا فكيف تصح الإعارة من غير مالك؟»، وقال غيره: «صورتها: أن يؤجر عينًا ثم يبيعها

(١) في نسختي المقابلة: «المكتري».

. . . .

لغير مستأجرها، ثم يستأجرها من المستأجر ويُعيرها للمشتري قبل القبض». ولو أودعه له كان له استرداده؛ إذ ليس له في الإيداع تسليط بخلافه في الإعارة، وتَلَفُهُ في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع كما قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة، وله استردادُهُ أيضًا فيما إذا خرج الثمن زيوفًا كما قاله ابن الرفعة وغيره.

ولو اشترى شخصٌ شيئًا بوكالةِ اثنين ووفَّى نصف الثمن عن أحدهما كان للبائع الحبسُ حتى يقبض الكُلَّ بناءً على أن الاعتبار بالعاقد. أو باع منهما ولكلٍّ منهما نصفٌ وأعطى أحدهما البائعَ النصف من الثمن سَلَّمَ إليه البائعُ نصفه من المبيع؛ لأنه سلّمه جميع ما عليه؛ بناءً على أن الصفقة تتعدد بتعدُّدِ المشتري.

* * *

١٠ ـ بابٌ: التَّولية والإشراك والمرابحة والمُحاطَّة

اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ: ....

(بابٌ) [في التَّولية والإشراك والمرابحة والمُحاطَّة]

(التَّولية) أصلها تقليد العمل[١]، ثم استُعملت فيما يأتي، (والإشراك) مصدر «أَشْرَكَهُ»؛ أي صيَّره شريكًا، (والمرابحة)، وهي مفاعلةٌ من الربح، وهو الزيادة على رأس المال. (و) فيه أيضًا (المُحَاطَّةُ) من «الحَطِّ» وهو النقص، ولم يترجم لها؛ قال ابن شهبة: إمَّا لإدخالها في المرابحة كما فعل الإمام؛ لأنها في الحقيقة ربحُ المشتري، وإما لأنه ترجم لأشرف القسمين واكتفى به عن الآخر؛ كقوله تعالىٰ: ﴿سَرَٰبِيلَ تَقِيكُمُ ٱلْحَرَّ﴾[النحل: ٨١]؛ أي والبرد. وأهمل «المُسَاوَمَةَ».

[التولية]

ثم شرع في النوع الأول من الترجمة فقال: إذا (اشترى) شخص (شيئًا) بمثليّ (ثم قال[٢]) بعد قبضه ولُزُومِ العقد وهو عالمٌ بالثمن (لعالمٍ بالثمن[٣]) قدرًا وصفة بإعلام

---

(١) أي لغةً، أي إلزامه؛ كأن ألزمه القضاء بين الناس، أو ألزمه فعل شيء.

(٢) أي بعد قبضه ولزوم العقد وعلمه بالثمن، أو المستأجر أو المرأة في صداقها، أو الرَّجل في عوض الخلع؛ بأن وَلَّتِ المرأة على صداقها بلفظ القيام بأن قالت: «ولَّيتك الصداق بما قام عليّ»، فكأنها باعته عوضه بمهر المثل، أو الرَّجل في عوض الخلع إن علم مهر المثل فيهما؛ بأن يقول الزوج لآخر: «ولَّيتك عقد الخلع بما قام عَلَيَّ»، فكأنه باعه عوضه بمهر المثل؛ لأنه قيمة البضع الذي ملكته بالعوض الذي دفعته له. ومثال الإجارة أن يقول مستأجِرُ دارٍ شهرًا مثلًا: «ولَّيتك عقد الإجارة بما قام عليّ» وهو الأجرة كلُّها إن كانت في أول المدة وإلا فبالقسط منها، فيصح على الوجه، وهذا هو المعتمد؛ «زي». فلو قال المصنف: «لو قال مستحق شيء بعقد» بدل «مشترٍ» لكان أعمَّ. وقوله ـ أي «ز ي» ـ: «ولزوم العقد» أي من جهة البائع سواء لزم من جهة المشتري أم لا؛ «م ر»، ومثله إذا كان الخيار لهما وأذن له البائع.

انظر: حاشية البجيرميّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب التولية، (٢/ ٣٧١).

(٣) بيان لكلٍّ من المشتري والغير، فلا بُدَّ أن يكون كل من المشتري والغير عالمًا بالثمن قدرًا وصفة، ومنها كونه عرضًا أو مؤجَّلًا إلى كذا، ويكون الأجل من حين التولية وإن حلَّ قبلها لا من العقد، فلا=

«وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ» فَقَبِلَ لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ؛ لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ. . . . .

المشتري أو غيره، أو لجاهل به ثم عَلِمَ به[1] قبل قبوله كما قاله الزركشي: («وَلَّيْتُكَ هذا العقد»)، سواء قال: «بما اشتريتُ» أم سكت، (فَقَبِلَ)؛ كقوله: «قَبِلْتُهُ» أو «توليته» (لزمه مثل الثمن) جنسًا وقدرًا وصفة. أما إذا اشتراه بِعَرْضٍ فإن عقد التولية لا يَصِحُّ إلَّا ممن ملك ذلك العَرْضَ، نعم لو قال: «قام عَلَيَّ بكذا وقد وَلَّيْتُكَ العقد بما قام عَلَيَّ»، أو وَلَّتِ المرأة في صداقها بلفظ القيام، أو قاله الرجل في عوض الخلع صَحَّ كما جزم به ابن المقري في الأول ومثلُهَا البقية.

[شروط عقد التولية وأحكامه]

(وهو) أي عقد التولية (بيع في شرطه)؛ أي في سائر شروطه؛ كالتقابض في الربويّ والقدرة على التسليم؛ لأن حَدَّ البيع صادق عليه. (وترتُّبِ) جميع (أحكامه) من تجديد شفعة إذا كان المبيع شقصًا مشفوعًا عفا عنه الشفيع في العقد الأول. وقضية كونها ـ أي التولية ـ بيعًا أن للمولي مطالبة المتولّي بالثمن مطلقًا، وهو كذلك وإن قال الإمام: «ينقدح أنه لا يطالبه حتى يطالبه بائعه»، وليس للبائع مطالبة المتولّي وإن توقف فيه الإمام، ومن بقاء الزوائد المنفصلة للمولّي وغير ذلك؛ لأنه ملك جديد.

(لكن لا يحتاج) عقد التولية (إلى ذكر الثمن)؛ بل يكفي العلم به عن ذكره؛ لأن خَاصِّيَّةَ البناءُ على الثمن الأول وإن لزمه أحكام البيع.

= تصح التولية من غير عالم ولا لغير عالم؛ «ح ل». وعبارة «زي»: ولهذا لو كان الثمن مؤجَّلًا ثبت في حقه مؤجلًا بقدر ذلك الأجل من حين التولية وإن حلَّ قبلها، لا من العقد على الأوجه. انتهى، ومثله «م ر».

(١) أي من البائع أو غيره قبل قبوله ولو بعد الإيجاب، أما علمه بعد القبول ولو في مجلس العقد فلا يصح، ويكون هذا مستثنًى من قولهم: الواقع في مجلس العقد كالواقع في صلبه؛ «ع ش» على «م ر».

وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي بَعْضُ الثَّمَنِ انْحَطَّ عَنِ الْمُوَلَّى .

[لو حُطَّ على المُوَلِّي بعض الثمن انحطَّ عن المُوَلَّى]

(ولو حُطّ[١]) ـ بضم الحاء ـ (عن المولِّي) ـ بكسر اللام ـ (بعض الثمن) بعد التولية كما في «المحرّر» (انحط عن المُوَلَّى[٢]) ـ بفتحها ـ لأن خاصيَّةَ التولية[٣] التنزيلُ على الثمن الأول. وشمل كلامُهُ حَطَّ البائع ووارثه ووكيله، فإن كان الحَطُّ للبعض قبل التولية لم تَصِحَّ التولية إلَّا بالباقي، ولو حَطَّ عنه الكُلَّ قبل التولية ولو بعد اللزوم أو بعدها وقبل لزومها لم تَصِحَّ؛ لأنها حينئذ بيعٌ بلا ثمنٍ، أو بعدها وبعد لزومها صحّت وانحط الثمن عن المتولّي؛ لأنها وإن كانت بيعًا جديدًا فخاصِّيَّتُهَا التنزيلُ على ما استقر عليه الثمن الأول، فهي في حق الثمن كالبناء، وفي حق نَقْلِ الملك كالابتداء؛ حتى تتجدد فيه الشفعة كما مرَّ. ولو كذب المُوَلِّي في إخباره بالثمن فكالكذب فيه في

(١) الأَوْلَى تأخير هذه المسألة عن الإشراك والمرابحة لجريانها فيهما أيضًا؛ بل وفي المحاطة كما قاله «زي»، وعبارته: «وكالحطِّ الإبراءُ وإرث المولي الثمن أو بعضه» فيأتي فيهما هذا التفصيل، والحطُّ يأتي في الإشراك بل وفي المرابحة والمحاطة، فلو أخَّره عنها كان أَوْلَى. والأوجه أنه لا عبرة بحطِّ موصى له بالثمن ومحتال؛ لأنهما أجنبيان عن العقد بكلِّ تقدير. ومراد المصنف بالحطِّ ما يشمل السقوط، فيشمل ما لو ورث المولِّي الثمن أو بعضه كما في «شرح م ر». وصورة الوصية بالثمن: ما لو أوصى المالك لزيد بثمن عبده إذا بيع بعد موته، وقَبِلَ زيدٌ الوصية، فباع الوارث العبد لبكرٍ بدين في ذمته، ثم وَلِيَ بكرٌ عقد البيع لعمرٍو، فجاء زيدٌ الموصى له بالثمن وأسقطه عن المشتري من الوارث وهو المولى، فلا يسقط عن عمرو المتولِّي؛ لأن زيدًا أجنبي من العقد؛ لأنه ليس بائعًا ولا مشتريًا. وصورة الحوالة: ما لو باع زيدٌ لبكرٍ عبدًا مثلًا بثمن في ذمته، ثم إن زيدًا أحال خالدًا بدينه الذي عليه على بكرٍ، فباع بكرٌ العبدَ بعقد التولية لعمرو، فجاء خالد المحتال وأسقط الدين المحال به عن بكرٍ؛ أي أبرأه منه فلا يسقط عن عمرو؛ لأن خالدًا المحتال أجنبي من العقد.
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب التولية، (٢/ ٢٧٢).

(٢) شمل إطلاقه ما لو كان الحطُّ بعد قبض المولَّى جميع الثمن من المتولِّي، فيرجع المتولِّي بعد الحطِّ على المولَّى بقدر ما حطّ من الثمن؛ كُلًّا كان أو بعضًا؛ لأنه بالحطِّ تبين أن اللازم للمتولي ما استقر عليه العقد بعد التولية، وأما لو قبض البائع الثمن من المولَّى ثم دفع إليه بعضًا منه أو كُلَّهُ هبة فلا يسقط بسبب ذلك عن المتولي شيء؛ لأن الهبة لا دخل لعقد البيع الأوّل فيها حتى يسري منه إلى عقد التولية؛ «ع ش» على «م ر».

(٣) أي فائدتها.

وَالإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ، . . . .

المرابحة وسيأتي. قال ابن الرفعة: «وظاهر كلامهم أنه لا فرق في التولّية بين كون الثمن حَالًّا وكونه مؤجّلًا، وفيما إذا كان الثمن مؤجَّلًا ووقعت بعد الحلول نظر، فيجوز أن يقال: يكون الأجل في حَقِّ الثاني من وقتها، وأن يقال: يكون من حين العقد الأول فيلزمه الثمن حَالًّا، والأوَّل أشبهُ؛ لأن الأجل من صفات الثمن، وقد شرطوا المِثْلِيَّةَ في الصفة».

[الإشراك]

ثم شرع في النوع الثاني فقال: (والإشراك في بعضه) أي المشترىٰ (كالتولية[1] في كُلِّهِ) في جميع ما مرَّ من الشُّروط[2] والأحكام؛ لأن الإشراك توليةٌ في بعض المبيع (إن بَيَّنَ البعض)؛ بأن صرّح بالمناصفة أو غيرها من الكسور لتعيينه، فلو قال: «أشركتُكَ في النصف» كان له الرُّبُعُ بربع الثمن؛ إلَّا أن يقول: «بنصف الثمن» فيتعيَّنُ النِّصف[3]

(١) قد يؤخذ من التشبيه أنه لا حاجة لذكر الثمن، وأظهر منه في ذلك قوله في «شرح الروض»: والإشراك هو أن يقول المشتري لمن مَرَّ في التولية: «أشركتُكَ في البيع». فقوله: «لمن مَرَّ في التولية» ـ أي وهو العالم بالثمن ـ كالصريح في أنه لا حاجة لذكر الثمن؛ إذ لو اشترط لم يحتج لكون المقول له عالمًا به؛ تَدبَّرْ. وقضية التشبيه أيضًا أنه إذا كان الثمن عرضًا لا يصح الإشراك إلا لمن انتقل العرض إليه؛ إلا إن قال: «بما قام عليَّ»، فليتأمل؛ «سم».

(٢) من كون الغير عالمًا بثمنه. وقوله: «والأحكام» ومنه الحطُّ، فإذا حُطَّ كلُّه بعد لزوم الإشراك أو بعضه انحطَّ مطلقًا عن المشتري الثاني؛ لأن الإشراك تولية في بعض المبيع؛ «ح ل»، وعبارة «ق ل» على «الجلال»: قوله: «في أحكامها السابقة» منها الحَطُّ ولو للبعض، وأنه لو كان حَطَّ البعض قبل الإشراك لم يصح إلا بقدر ما يخصه من الباقي، وأنه لو حَطَّ الثمن كلَّه قبل لزوم عقد الإشراك لم يصح، أو بعده انحط عن الثاني، وأنه لو كان عرضًا لم يصح الإشراك إلا إن انتقل أو ذكره مع قيمته كما مَرَّ، وأنه متى انتقل تعين الثمن منه، وأنه إذا لم يذكر لفظ العقد كان كناية على المعتمد كما مَرَّ، وعلى ذلك يحمل كلام «المنهج»، ويصح رجوع كلامه للتولية أيضًا، وغير ذلك من الأحكام. انتهى. انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب التولية، (٢/ ٣٧٣).

(٣) ولعلَّ وجهه أن عدوله عن «بعتك ربعه بنصف الثمن» إلى «أشركتك في نصفه» قرينة على ذلك، والمعنى حينئذٍ «أشركتُكَ فيه بجعل نصفه لك بنصف الثمن. . . إلى آخره» ومع ذلك فيه شيء. وبقي ما لو اشتراه بمائة ثم قال لآخر: «أشركتك في نصفه بخمسين» هل يكون له النصف أو الربع؟=

وَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً، وَقِيلَ: لَا.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولَ: «بِعْتُكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ . . . . . .

كما صرَّح به المصنف في «نُكَتِهِ»؛ لمقابلته بنصف الثمن؛ إذ لا يمكن أن يكون شريكًا بالربع بنصف الثمن؛ لأن جملة المبيع مقابلة بالثمن فنصفُهُ بنصفِهِ.

تنبيه: اعتُرض على المصنِّفِ في إدخاله الألف واللام على «بعض»، وحُكي منعه عن الجمهور.

فإن ذَكَرَ بعضًا ولم يُبَيِّنْهُ لم يصح للجهل.

(ولو أطلق) الإشراك[1] (صحّ) أيضًا (وكان) المشترئ بينهما (مناصفةً)؛ كما لو أقرّ بشيء لزيدٍ وعمرٍو[2]، (وقيل: لا) يصح؛ للجهل بقدر المبيع وثمنه.

فرع: للشريك الرَّدُّ بعيبٍ على الذي أشركه، فإذا رَدَّ عليه رَدَّ هو على الأول.

وقضيّةُ كلام الأكثرين أنه لا يشترط ذكر العقد، وقال الإمام وغيره: يشترط ذكره؛ بأن يقول: «أشركتُكَ في بيع هذا أو في هذا العقد»، ولا يكفي «أشركتُكَ في هذا»، وهذا ظاهرٌ كما نقله صاحب «الأنوار» وأقرّه، وعليه «أشركتك في هذا» كناية.

[المرابحة]

شرع في النَّوع الثالث فقال: (ويَصِحُّ بيع المرابحة) من غير كراهةٍ؛ لعموم قوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. (بأن يشتري[3]) شيئًا (بمائةٍ) مثلًا (ثم يقول) لغيره وهما عالمانِ بذلك: (بعتُكَ) بمائتين أو (بما اشتريتُ)؛ أي بمثله[4]، أو «برأس

= فيه نظر، والأقرب أن له الربع؛ لأن عدوله عن قوله: «بنصف الثمن» إلى قوله: «بخمسين» قرينة على أنه بيع مبتدأ، وكأنه قال: «بعتُكَ ربعه بخمسين»؛ «ع ش» على «م ر».

(١) كقوله: «أشركتُكَ في هذا العقد»، فلو اشتريا شيئًا ثم أشركا فيه ثالثًا فقياس ما ذكر أن يكون شريكًا بالنصف، وبحث الزركشي أن يكون كأحدهما، فيكون شريكًا بالثلث؛ «ح ل».

(٢) لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الإشراك، نعم لو قال: «بربع الثمن» كان شريكًا بالربع كما تقدم في «أشركتُكَ بنصفه بنصف الثمن»، وتوهم فرقٍ بينهما بعيدٌ؛ «ح ل».

(٣) في نسخة البابي الحلبي: «يشتريه».

(٤) أي في المثليّ؛ أي وبقيمته في العرض.

وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ، أَوْ رِبْحِ دَهْ يَازْدَهْ».

المال» أو «بما قام عَلَيَّ» أو نحو ذلك (وربحِ درهمٍ لكلِّ عشرة)، أو «في ـ أو على ـ كلِّ عشرة»، (أو ربح دَهْ يازده)؛ لأن الثمن معلوم، فكان كـ«بعتك بمائة وعشرة». ورُوي عن ابن مسعود أنه كان لا يرى بأسًا بده يازده وده دوازده[١]، وما روي عن ابن عباس أنه كان ينهى عن ذلك، وعن عكرمة أنه حرام، وعن إسحاق أن البيع يبطل به حُمِلَ على ما إذا لم يُبيِّنِ الثمن. و«دَهْ» بالفارسية عشرة[٢]، و«يَازْدَهْ» أحد عشر؛ أي كل عشرة ربحها درهم، و«دَهْ دَوَازْدَهْ» كل عشرة ربحها درهمان. فلو كان الثمن دراهم معينة غير موزونة أو حنطة مثلًا معينة غير مكيلة لم يصح البيع مرابحةً.

فرع: له أن يَضُمَّ إلى الثمن شيئًا ويبيعه مرابحةً؛ كأن يقول: «اشتريتُ بمائةٍ وبعتُكَ بمائتين وربح درهم لكلِّ عشرةٍ» أو «ربح ده يازده»، وكأنه قال: «بِعْتُكَهُ بمائتين وعشرين».

ويجوز أن يكون الربح من غير جنس الثمن؛ قيل لعبد الرحمن بن عوف: ما سبب كثرة مالك؟ قال: «ما كتمتُ عيبًا ولا رَدَدْتُ ربحًا».

(١) في نسخة البابي الحلبي: «بازده زده دوزاده»، وفي المخطوط: «بازده وده دوازده»، وما أثبتُّهُ هو الموافق لِمَا أورده شيخ الإسلام زكريَّا رحمه الله تعالى في «أسنى المطالب في شرح روض الطَّالب»، (٢/ ٩٢).

(٢) عبارة «شرح م ر»: و«دَه» ـ بفتح المهملة ـ وهي بالفارسية عشرة، و«ياز» واحد و«دَه» بمعنى ما قبلها، وآثره بالذكر لوقوعه بين الصحابة واختلافهم في حكمه. انتهى. قال شيخنا السجيني: والحاصل أنَّ «دَه» اسم لعشرة، و«ياز» من «ياز دَه» اسم لواحد، وظاهر هذه العبارة ليس مرادًا؛ لأنه يوهم أن ربح العشرة أحد عشر؛ بل المراد منها أن ربح العشرة واحد فقط، وحينئذ كان الظاهر للمصنف أن يقول بدل هذه: وربح «دَه ياز» بدون «دَه» كما علمت، ويجاب عنه: بأن لفظ «ياز» في اللغة الفارسية لا يدلُّ على الواحد إلا إذا ضُمَّ إليه «دَه»، فلذلك ذكره الشارح منضمًا إليه فتكون «دَه» قرينة على ذلك وليست مقصودة؛ بخلاف «بك» في تلك اللغة فإنه يدلُّ على الواحد سواء انضم إلى لفظ «دَه» أم لا. انتهى. وفي «ع ش» على «م ر» ما نصُّه: لا يقال قضية هذا التعبير أن ربح العشرة أحد عشر، فيكون مجموع الأصل والربح واحدًا وعشرين؛ لأنا نقول: لا يلزم تخريج الألفاظ العجمية على مقتضى اللغة العربية؛ بل ما استعمله العرب من لغة العجم يكون خارجًا عن عرفهم، وهو هنا بمنزلة ربح درهم لكلِّ عشرة، وكان المعنى عليه: وربح «دَه» ما يصيرها أحد عشر.

انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب البيع، باب التولية، (٢/ ٣٧٤).

وَالْمُحَاطَّةُ؛ كَـ«بِعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطِّ دَهْ يَازْدَهْ»، وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ، وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ.

وَإِذَا قَالَ: «بِعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ» لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ، . . . .

[المحاطّة]

ثم شرع في النوع الرابع الذي لم يترجم له فقال: (و) يَصِحُّ بيع (المحاطّة[١]) ويقال لها: «المواضعة» و«المخاسرة»؛ (كبعتُ) أي كقولِ من ذُكِرَ لغيره وهما عالمان بالثمن: بِعْتُكَهُ (بما اشتريت)؛ أي بمثله أو «برأس المال» أو «بما قام عليَّ» أو نحو ذلك (و[٢]حَطِّ ده يازده[٣]) أي «وحَطّ درهم لكلِّ عشرة» أو «في ـ أو على ـ كُلِّ عشرة» فيقبل، (ويُحَطُّ من كُلِّ أحد عشر واحدٌ)؛ كما أن الربح في مرابحة ذلك واحد من أحد عشر، فلو اشتراه بمائةٍ فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم، أو بمائةٍ وعشرة فالثَّمن مائة. (وقيل): يُحَطُّ (من كُلِّ عشرةٍ) واحدٌ؛ كما زيد في المرابحة على كل عشرة واحد. ولو قال: «يُحَطُّ درهمٌ من كل عشرةٍ» فالمحطوطُ العاشرُ؛ لأن «من» تقتضي إخراج واحد من العشرة؛ بخلاف اللام و«في» و«على». والظاهر في نظيره من المرابحة ـ كما قاله شيخي ـ الصحة مع الربح، وتحمل «من» على «في» أو «على» تجوُّزًا، وقرينة التجوُّز قوله: «وربح درهمٍ. . . إلى آخره» وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين.

[حكم دخول الثمن إذا قال: «بعت لك بما اشتريت»]

(وإذا قال: بعتُ) لك (بما اشتريتُ[٤]) أو برأس المالِ (لم يدخل فيه سوى الثمن)

---

(١) أي ولو من توليةٍ وإشراكٍ؛ «ح ل».

(٢) فلو اشترى بمائة فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا.

(٣) والأَوْلَى أن يقول: «وحطّ ياز من ياز دَه» لأنَّ «ياز» اسم لواحدٍ، ويصير المعنى: «وحطّ درهم من كلِّ أحد عشر».

(٤) صورة المسألة: أن المولِّي قام عليه المبيع بثمن ومؤن استرباح والمشتري عالمٌ بهما تفصيلًا، فإذا قال المولي: «بعتك بما اشتريت» لم تدخل المؤن في عبارته فلا تلزم المتولي، وإن قال: «بعتك بما قام عليَّ» دخلت في عبارته فتلزم المتولي، وأما لو لم تكن هناك مؤنٌ فلا فرق بين العبارتين. وأما لو كان المشتري جاهلًا بالمؤنِ فلا بُدَّ من ذكر البائع لها في العقد ليصحَّ، ولا يقال: تدخل في «بعتُ=

وَلَوْ قَالَ: «بِمَا قَامَ عَلَيَّ» دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ ....

الذي استقرّ عليه العقد عند لزومه؛ لأنه المفهوم من ذلك، وهذا صادقٌ بما فيه حَطٌّ عمّا عقد به العقد أو زيادة عليه في زمن الخِيار[1]، ولو حطّ جميع الثمن في مدة الخيار بَطَلَ العقد على الأصح؛ كما لو باع بلا ثمن؛ قاله الشيخان قُبَيْلَ الكلام على الاحتكار، قال الدَّميري: حادثةٌ: وقع في الفتاوى أن رجلًا باع ولده دارًا بثمنٍ معلومٍ ثم أسقط عنه جميع الثمن قبل التفرّق من المجلس، فأجيب فيها: بأنه يصير كمن باع بلا ثمن وهو غيرُ صحيح فتستمر الدار على ملك الوالد. انتهى، وما قالوه هو الموافق لكلام الشَّيخين. أما إذا وقع الحَطُّ بعد لزوم العقد، فإن كان بعد المرابحة لم يَتَعَدَّ الحَطُّ إلى المشترى، وإن كان قبلها: فإن حَطَّ الكُلَّ لم يجز بيعه بقوله: «قام عَلَيَّ»، ويجوز بلفظ «اشتريتُ»، وإن حطّ البعض أجيز بلفظ الشراء، ولا يجوز بلفظ القيام إلَّا بعد إسقاط المحطوط.

[ما يدخل مع الثمن عند قوله: «بعتُكَ بما قام عليَّ»]

(ولو قال:) بعتُكَ (بما قام عَلَيَّ دخل[2] مع ثمنه أجرةُ الكيَّالِ) للثمن المكيل[3]،

= بما قام عليَّ» المؤنُ؛ لأنها مذكورة صريحًا فلا معنى لدخولها؛ تأمل. وقوله: ويدخل في «بعتُ بما اشتريت» أو «وليتك العقد» أو «أشركتك في هذا العقد» فلا يختص هذا ببيع المرابحة والمحاطة كما قد يتوهم من صنيعه؛ «ح ل».

(١) وأمّا لو حُطَّ في المرابحة بعد اللزوم للعقد الأول وقبل لزوم عقد المرابحة ـ أي بعد جريانها وقبل لزومها ـ لم يلحق المشتري، فلا يُحَطُّ عنه كما لا يحطُّ عنه بعد لزومها، وإن وقع الحَطُّ قبل جريان المرابحة: فإن حُطَّ الكُلُّ لم يجز بيعه بلفظ: «قام عليَّ»، ويجوز بلفظ الشراء، وإن حُطَّ البعض جاز بلفظ الشراء، ولا يجوز القيام إلا بعد إسقاط المحطوط؛ «ح ل». وقال «ع ش»: مفهومه إن هذا خاصٌّ بخيار المجلس والشرط دون خيار العيب، وهو ظاهر.

(٢) ومعنى هذا الدخول أن تُضَمَّ هذه المؤن للثمن ثم يقول: «قام عليَّ بكذا وقد بعتكه بما قام عليَّ وربح كذا»، وليس المراد أنه يطلق ذلك وتلك المؤن تؤخذ منه للجهل بها حينئذٍ، أما إذا كان عالمًا بها فتدخل وإن لم يذكرها؛ بخلاف أجرة عمله وعمل المتطوع عنه فلا تدخل إلا إذا ذكرها وإن علم بها المشتري. ويدخل «فيما قام عليَّ» المكس؛ بخلاف خلاص المغصوب، والفرق: أن المكس معتاد لا بُدَّ منه فالمشتري موطِّن نفسه عليه والبائع أيضًا، وربما يتفاوت الثمن بسببه، ولا كذلك المغصوب، فتأمل «شيخنا». وقوله: «بخلاف خلاص المغصوب»؛ أي إن حدث غصبه عند المشتري، أما إذا كان ذلك قبل البيع فيدخل كالمؤن للمرض القديم، وبهذا يجمع بين التناقض في ذلك.

(٣) أي فإنها على المشتري، وأما كيَّال المبيع فأجرته على البائع؛ «ح ل». =

وَالدَّلَّالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَّاءِ وَالصَّبَّاغِ، وَقِيمَةُ الصِّبْغِ وَسَائِرُ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ، ....

(والدَّلَّالِ) للثمن[١] المنادى عليه؛ أي إن اشترى به المبيعَ؛ كما أفصح بهما ابن الرفعة في «الكفاية» و«المطلب». (والحارس والقصَّار والرَّفَّاءِ) - بالمَدِّ من «رَفَأْتُ الثوبَ» بالهمز، وربما قيل بالواو - (والصَّبَّاغ) للمبيع في الصور الأربع. (وقيمة الصبغ) له (وسائر المؤن المرادة للاسترباح)؛ كأجرة المكان، وأجرة الخَتَّانِ في الرقيق، وأجرة الطبيب إذا اشتراه مريضًا، وأجرة تطيين[٢] الدار، وعلف تسمينٍ، وكذا المكس المأخوذ كما نقلاه عن صاحب «التتمة» وأقرّاه؛ لأن جميع ذلك من مؤن التجارة. أما المؤنُ المقصودة للبقاء - كنفقة الرقيق وكسوته، وعلف الدابة غير الزائد للتسمين، وأجرة الطبيب إذا حدث المرض - فلا تُحسب، ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستفادة من المبيع. ولو جنى العبد فَفَدَاهُ أو غُصِبَ فبذل مؤنة في استرداده لم يُحسب ذلك عند الأكثرين.

تنبيه: ليس معنى قوله: «دخل مع ثمنه... إلى آخره» أن مطلق ذلك يدخل فيه جميع الأشياء مع الجهل بها؛ لقوله بعد ذلك: «ولْيَعْلَمَا ثمنَهُ أو ما قام به».

وفي معنى قوله: «قام عَلَيَّ» ثَبَتَ عَلَيَّ بكذا.

= قال شيخنا: مَحَلُّ كون هذه المذكورات أو قيمتها تلزم المتولي إذا كانت بعقد، وإلا بأن كانت بغير عقد كأن كيل شخص من غير عقد أو دَلَّلَ عليه الدَّلال من غير عقد أو صبغه من غير عقد فلا تلزم المتولي. انتهى. وعبارة «الإيعاب»: هذا كلُّه كما هو ظاهر إن وقع عقد نحو إجارة ثم دفع ما وقع به العقد، وإلا لو فعل ذلك بلا عقد ثم دفع له نحو الأجرة كما هو المعتاد فلا يدخل ذلك؛ لأنه متبرع به، فتنبَّهْ له فإنه ربما توهم فيه. والمحكم فيما ذكر العرف؛ أي عرف التجار فما عَدَّهُ أهله من مؤن التجارة دخل وما لا فلا، وإنما يرجع إليه فيما لم ينصُّوا فيه على شيء، وإلا عمل بما قالوا وإن فرض أنه يخالف العرف الآتي كما في نظائر ذلك. انتهى.

(١) أي وأما للمبيع فهي على البائع، ولو شرطها على المشتري فسد العقد، ومن ذلك أن يقول: «بعتك بكذا سالمًا»؛ لأن معنى ذلك أن الدلالة عليك، وكيفية إلزام المشتري ذلك أن يقول: «اشتريت بكذا ودرهم دلالة».

(٢) كتبييضها؛ بخلاف ترميمها لأنه للاستبقاء.

وَلَوْ قَصَرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ.

وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ، فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

واستشكل الإمام تصوير أجرة الكَيَّالِ والدَّلَّالِ فإنهما على البائع، وصوّره ابن الرفعة بما تقدم، قال الإسنوي: «وصورة أخرى، وهي بأن يتردّد في صحة ما اكتاله البائع فيستأجر من يكتاله ثانيًا لِيَرْجِعَ عليه إن ظهر نقصٌ»، وصوّره ابن الأستاذ أيضًا بأن يكون اشتراه جزافًا ثم كاله بأجرةٍ ليعرف قدره؛ قال الأذرعي: «وفيه توقُّفٌ، وأقرب منه أن يشتري مع غيره صُبْرَةً ثم يقتسماها كيلًا، فأجرة الكَيَّالِ عليهما».

(ولو قَصَرَ بنفسه أو كال) أو طَيَّنَ (أو حمل أو تطوّع به شخصٌ لم تدخل أجرته) مع الثمن في قوله: «قام عَلَيَّ»؛ لأن عمله وما تطوّع به غيره لم يَقُمْ عليه، وإنما قام عليه ما بذله. وطريقه أن يقول: «بعتكه بكذا وأجرة عملي أو عمل المُتَطَوِّعِ عني وهي كذا وربح كذا». وفي معنى أجرة عمله أجرة مُسْتَحَقَّةٌ بملكٍ أو غيره؛ كمكترًى، وعَمَلُ غُلامِهِ كعمله. ولو صبغه بنفسه حسبت قيمة الصِّبغ فقط لأنه عين، ومثله ثمن الصابون في القصارة.

[حكم علم المتبايعين الثَّمَنَ في المرابحة ونحوها]

(وَلْيَعْلَمَا[١]) أي المتبايعان[٢] (ثمنه) أي المبيعِ وجوبًا في نحو «بعتُ بما اشتريتُ»، (أو ما قام به[٣]) في نحو «بعتُ بما قام عَلَيَّ»، (فلو جهله أحدُهما بطل) أي لم يَصِحَّ البيع (على الصحيح)؛ لجهالة الثمن. والثاني: يَصِحُّ لسهولة معرفته؛ لأن الثمن الثاني

(١) المراد بالعلم هنا العلمُ بالقدر والصفة، ولا تكفي المعاينة وإن كَفَتْ في البيع والإجارة، فلو كان الثمن دراهم معينة غير موزونة أو حنطة غير مكيلة لم يصح على الأصح. انتهى «شوبري»، ومثله في «شرح م ر»، قال «ع ش» عليه: وينبغي أن محلَّ عدم الصحة ما لم ينتقل المعين للمتولي. والمراد أيضًا علمهما قبل العقد كما في «ع ش».

(٢) توليةً أو إشراكًا أو محاطَّة أو مرابحة؛ «ح ل».

(٣) ويكفي «فيما قام» علمه بالقيمة في جواز الإخبار إن كان من أهل الخبرة، وإلا فليسأل عدلين يُقوِّمانه أو واحدًا على ما ذكره بعضهم، فإن تنازعا في مقدار القيمة التي أخبر بها فلا بُدَّ من عدلين، فإن لم يتفق ذلك تحالفا؛ لأنهما اختلفا في قدر الثمن، ونقل بالدرس عن «شرح الروض» ما يوافقه؛ «ع ش».

وَلْيَصْدُقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالأَجَلِ، وَالشِّرَاءِ بِالْعَرْضِ، . . . .

مبنيّ على الأول. والثالث: إن علم المشتري الثَّاني قدر الثمن في المجلس صحّ، وإلَّا فلا.

[ما يُصَدَّق به البائع في المرابحة ونحوها]

(وَلْيَصْدُقِ[1] البائع) وجوبًا (في قدر الثمن) الذي استقرّ عليه العقد[2] أو ما قام به المبيع عليه فيما إذا أخبر بذلك في بيع المرابحة، وفي صفته؛ كصحَّةٍ وتكَسُّرٍ وخلوص وغِشٍّ، (و) في (الأجل)؛ لأن بيع المرابحة مبنيٌّ على الأمانة؛ لاعتماد المشتري نظر البائع ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حَطٍّ.

تنبيه: لو حذف المصنف لفظة «قَدْرِ» لكان أخصرَ وأعمَّ ليشمل ما زدتُهُ.

وكلامه يقتضي اشتراط تعيين قدر الأجل مطلقًا وهو كذلك؛ لأن الأجل يقابله قسطٌ من الثمن وإن قال الزركشي: «الظاهر أنه لا يجب إلَّا إن كان خارجًا عن العادة».

ولو واطأ صاحبه فباعه ما اشتراه بعشرةٍ ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر به في المرابحة كُره، وقيل: يحرم، واختاره السبكي، والأقوى في «الروضة» ثبوت الخيار، قال الزركشي: القائل بثبوت الخيار لم يَقُلْ بالكراهة؛ بل بالتحريم كما أشار إليه صاحب «الاستقصاء»، وهو الذي يظهر؛ لأن ما أثبت الخيار يجب إظهاره كالعيب، قال: «وعليه ففي جزم النووي بالكراهة مع تقوية القول بثبوت الخيار نظرٌ».

ولو اشترى شيئًا بمائة ثم خرج عن ملكه واشتراه بخمسين وجب الإخبار بالخمسين.

(و) يجب أن يُصَدَّقَ في (الشراء بالعَرْضِ[3])، فيذكر أنه اشتراه بعرضٍ قيمتُهُ

---

(١) هذا شرط لدفع الإثم كما يعلم من قوله الآتي: «فلو ترك الإخبار. . . إلى آخره» أي حيث كان علم المشتري لا يحصل إلا بذلك الإخبار؛ لأن علم المشتري يُكتفى فيه بإعلام البائع ولو قبل القبول وبعد الإيجاب، فإن لم يُصَدِّق أثمَ وصحَّ العقد؛ «ح ل».

(٢) أي عند اللزوم، فلو اشترى شيئًا ثم خرج عن ملكه واشتراه ثانيًا بأقل من الأول أو بأكثر منه أخبر وجوبًا بالأخير، فلو بان الكثير من الثمن في بيع مواطأة فله الخيار إن باعه مرابحة؛ «ح ل».

(٣) المراد به ما قابل النقد.

وَبَيَانِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ، فَلَوْ قَالَ بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُّ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا، . . . .

كذا[1]، ولا يقتصر على ذكر القيمة؛ لأن البائع بالعرض يشدّد فوق ما يشدّد البائع بالنقد، وسواء في ذلك باعه مرابحةً بلفظ الشراء أم بلفظ القيام كما قالاه وإن قال الإسنوي: «إنه غلطٌ، وإنَّ الصواب أنه إذا باع بلفظ القيام يقتصر على ذكر[2] القيمة».

وفي (بيان العيب) القديم و (الحادث عنده) بآفةٍ أو جنايةٍ تنقص القيمة أو العين؛ لأن الغرض يختلف بذلك، ولأن الحادِثَ ينقص به المبيع، ولا يكفي فيه تبيين العيبِ فقط لِيُوهم المشتري أنه كان عند الشراء كذلك وأنَّ الثَّمَنَ المبذول كان في مقابلته مع العيب. ولو كان به عيب قديم اطّلع عليه بعد الشراء ورضي به وجب بيانُهُ أيضًا، وبيانُ أنه اشتراه من طفله أو بدينِ مماطِلٍ أو مُعْسِرٍ؛ لأن الغرض يختلف بذلك. ولو أخذ أرش عيبٍ وباع بلفظ «قام عَلَيَّ» حَطَّ الأرش، أو بلفظ: «ما اشتريتُ» ذكر صورة ما جرى به العقد مع العيب وأخذ الأرش؛ لأن الأرشَ المأخوذ جزءٌ من الثمن. وإن أخذ الأرش عن جناية؛ كأن قُطعت يَدُ الرقيق وقيمته مائة، ونقص ثلاثين مثلًا، وأخذ من الجاني نصف القيمة خمسين، فالمحطوطُ من الثَّمَنِ الأقلُّ من أرشِ النقص ونصف القيمة إن باع بلفظ «قام عَلَيَّ»، فإن كان نقص القيمة أكثر من الأرش ـ كستِّين ـ حطَّ ما أخذ من الثمن، ثم أخبر مع إخباره بقيامه عليه بالباقي وبنقص القيمة، وإن باع بلفظ «ما اشتريتُ» ذكر الثمن والجناية.

[حكم ظهور خيانة البائع في المرابحة]

(فلو قال:) اشتريتُهُ **(بمائة)** وباعه مرابحةً **(فبان)** أنه اشتراه **(بتسعين)** بإقراره أو حُجَّةٍ **(فالأظهر أنه يَحُطُّ الزيادة وربحها)**؛ لأنه تمليكٌ باعتماد الثمن الأول، فَتُحَطُّ الزيادة عنه كما في الشفعة إذا أخذت بما أخبر به المشتري، وكأنَّ العقد لم ينعقد إلَّا بما بقي. والثاني: لا يحط شيء لأنه قد سَمَّى عوضًا وعقد به. والبيع صحيحٌ على القولين؛ لأنه غَرَّهُ والتغرير لا يمنع الصحة؛ كما لو روّج عليه معيبًا.

---

(١) أي في وقت العقد، ولا مبالاة بارتفاعها بعد ذلك؛ «س ل».

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «لفظ».

وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي.

وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشَرَةٌ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الأَصَحِّ؛ قُلْتُ: الأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِغَلَطِهِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا ....

(و) الأظهر بناءً على الحَطِّ (أنه لا خيار للمشتري) ولا للبائع أيضًا، سواء أكان المبيع باقيًا أم تالفًا، فلو أسقط لفظ «المشتري» لشملهما، أما المشتري فلأنَّهُ إذا رضي بالأكثر فبالأقلِّ من باب أَوْلى، وأما البائع فلتدليسه. والثاني: يثبت الخيار، وهو وجهٌ في البائع، وقيل: قولٌ، أما المشتري فلأنه قد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسمٍ أو إنفاذ وصيَّةٍ، وأما البائع فلأنه لم يَسْلَمْ له ما سَمَّاهُ، قال السبكي: «وهو على الفور فيما يظهر».

ولو لم يُبيِّنِ الأجل أو العيب أو شيئًا ممّا يجب ذكره ثبت للمشتري الخيار؛ لتدليس البائع عليه بترك ما وجب عليه، وقد عُلم من ذلك أنه لا سقوط في غير الكذب، ويندفع ضرر المشتري بثبوت الخيار له وإن قال الإمام والغزاليُّ بالسُّقوط، وهو حَطُّ التفاوت.

[حكم ما إذا غلط البائع فنقص من الثمن وقد باع مرابحةً]

(ولو) غلط البائع فنقص من الثمن ـ كأن قال: «اشتريتُهُ بمائة» ـ وباعه مرابحة، ثُمَّ (زعم أنه) أي الثمن الذي اشترى به (مائة وعشرة) مثلًا (وصَدَّقَهُ المشتري) في ذلك (لم يصح البيع) الواقع بينهما مرابحةً (في الأصح)؛ لتعذر إمضائه مزيدًا فيه العشرة المتبوعة بربحها؛ لأن العقد لا يحتمل الزيادة، وأما النقص فهو معهود بدليل الأرش. (قلت: الأصح صِحَّتُهُ)؛ كما لو غلط المشتري بالزيادة، ولا تثبتُ العشرة، (والله أعلم)، وللبائع الخيار في الأصح. فإن قيل: طريقة المصنف مشكلة حيث راعى هنا المسمَّى وهناك العقد، أجيب: بأن البائع هناك نقص حقّه فنزل الثمن على العقد الأول، ولا ضرر على المشتري، وهنا يزيد فلا يُلتفت إليه.

(وإن كَذَّبَهُ) أي البائعَ المشتري (ولم يُبيِّنْ) أي البائعُ (لغلطه وجهًا مُحْتَمَلًا) ـ بفتح

لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ، وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ، وَإِنْ بَيَّنَ

الميم - (لم يقبل قوله)؛ لأنه رجوعٌ عن إقرارٍ تعلّق به حق آدمي، (ولا بَيِّنَتُهُ) إن أقامها عليه؛ لتكذيبه لها بقوله الأول. (وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك[١] في الأصح)؛ لأنه قد يقرّ عند عرض اليمين عليه. والثاني: لا؛ كما لا تسمع بَيِّنَتُهُ. وعلى الأصح إن حلف[٢] أُمضي العقد على ما حلف عليه، وإن نكل عن اليمين ردّت على البائع؛ بناء[٣] على الأظهر من أن اليمين المردودة كالإقرار[٤]، فيحلف على البَتِّ أن ثمنه المائة والعشرة، قال الشارح تبعًا لغيره: «وللمشتري حينئذ الخيار»؛ أي على الوجه الضعيف القائل بثبوت الزيادة، وأما على المعتمد فلا يثبت له وللبائع الخيار، وقال الشيخان: كذا أطلقوه، وقضية قولنا: «إنَّ اليمين المردودة كالإقرار» أن يعود فيه ما ذكرنا حالة التصديق؛ أي فلا خيار للمشتري، وهذا هو المعتمد كما قال في «الأنوار»: «إنه هو الحق»، قال: «وما ذكراه من إطلاقهم غير مسلَّم، فإن الإمام والمتولّي والغزالي أوردوا أنه كالتصديق. انتهى، فإن قيل: قول الشيخين «كذا أطلقوه... إلى آخره» ما فائدته مع أنّا لو قلنا: «إنها كالبينة» كان الحكم كذلك؟ أجيب: بأن فائدة قولهما المذكور إحالة الحكم[٥] فيه على ما ذكراه، فإنهما لم يذكرا حكم إقامة البينة لِيُحيلا عليه، فظهر أن ما بحثاه جارٍ على القولين، وهذا لا يأتي على القولين إلَّا فيما إذا بيّن لغلطه وجهًا محتملًا كما سيأتي، وإلَّا فلا يصحّ إلَّا على القول بأنها كالإقرار كما يعلم من البناء المتقدِّم.

(وإن بَيَّنَ) لغلطه وجهًا محتمَلًا؛ كقوله: «جاءني كتابٌ على لسانِ وكيلي بأنه اشتراهُ

---

(١) أي أنَّ الثمن مائة وعشرة.

(٢) أي المشتري.

(٣) وأما إن بنينا على أنها كالبينة لم تُرَدَّ إلَّا فيما إذا بَيَّنَ لغلطه وجهًا محتملًا؛ إذ لا فائدة في البينة عند عدم التبيين فكذا ما هو مثلها، ففي مفهوم كلامه تفصيل، فلا يعترض عليه، فالحاصل: أنه إنما قيد بهذا ليكون الرَّدُّ في المسألتين، أما لو بنينا على مقابله لم تُرَدَّ إلا في الثانية دون الأُولَى - وهي ما إذا لم يبيِّن وجهًا محتملًا - لأن البينة هناك لا تسمع، فحينئذٍ لا تُرَدُّ اليمين لعدم فائدتها كالبينة.

(٤) أي من المشتري؛ أي كأنّه أقرّ بأن ثمنه الأزيد.

(٥) قوله: «كذلك؟ أجيب: بأن... إحالة الحكم» ليس في نسخة البابي الحلبي.

فَلَهُ التَّحْلِيفُ، وَالأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ.

بكذا» فبان كذبًا عليه، أو «تَبَيَّنَ لي بمراجعةِ جريدتي أني غَلطتُ من ثمن متاع إلى غيره» (فله التحليف) كما سبق؛ لأن العذر يحرك ظَنَّ صدقه، (والأصح) على التحليف (سماع بيِّنَتِهِ) التي يقيمها بأن الثمن ما ذكره. والثاني: لا؛ لتكذيبه لها؛ قال في «المطلب»: «وهذا هو المشهور والمنصوص عليه».

[ما يقوله من باع ما اتَّهبه مرابحةً]

خاتمة: لو اتّهب بشرط الثواب ذَكَرَهُ وباع به مرابحةً، أو اتّهبه بلا عوضٍ أو مَلَكَهُ بإرث أو وصية أو نحو ذلك ذَكَرَ القيمة وباع بها مرابحة، ولا يبيع بلفظ «القيام» ولا «الشراء» ولا «رأس المال»؛ لأن ذلك كذب.

وله أن يقول في عبدٍ هو أجرة أو عوض خلعٍ أو نكاحٍ أو صالح به عن دمٍ: «قام عَلَيَّ بكذا» أو يذكر أجرة المثل في الإجارة، ومهرَهُ في الخلع والنكاح، والدِّيَةَ في الصلح، ولا يقول «اشتريتُ» ولا «رأس المال كذا»؛ لأنه كذب.

والدراهم في قوله: «اشتريته بكذا» أو «بعتكه به وربح درهم» يكون من نقد البلد، سواء أكان الثمن من نقد البلد أم لا، وهذا عند الإطلاق، فإن عَيَّنا أن يكون الربح من جنس الثمن الأول أو من غير جنسه عُمل به كما يؤخذ من كلام الزركشي.

* * *

١١ـ بابُ الأُصول والثِّمار

قَالَ: «بِعْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ أَوِ السَّاحَةَ ....

(بابُ) بيعِ (الأُصول والثِّمار) وغيرهما

قال المصنِّفُ في «تحريره»: «الأصولُ»: الشَّجَرُ[١] والأرضُ، و«الثِّمار» جمع «ثُمُرٍ»، وهو جمع «ثَمَرَةٍ»[٢]. قال السبكي: أخذ المصنف هذه الترجمة من «التنبيه» ولم أرها لغيرهما، وقال الأذرعي: ذكرها منصورٌ التميميُّ في «المستعمل»، وهو جمع بين ترجمتي بابين متجاورين للشافعي: أحدهما: باب ثمر الحائط يُباع أصله، والآخر: باب الوقت الذي يَحِلُّ فيه بيع الثمار.

[ما يدخل في بيع الأرض عند الإطلاق]

واعلم أن اللفظ المُتَنَاوِلَ غيرَهُ في عقد البيع سبعةٌ: **الأول**: الأرض أو نحوها، فإذا (قال: بعتُكَ) أو رهنتُكَ (هذه الأرض) أو العَرْصَةَ (أو الساحة[٣]) ـ وهي الفضاء بين

(١) تفسير مراد للأصول هنا، وإلا فهي جمع «أصل»، وهو لغةً: ما بني عليه غيره «ع ش». وقال شيخنا «ح ف»: قوله: «وهي الشجر» اعترض حصرُ الأصول فيما ذكر: بأنها أكثر من ذلك كالدار فإنها أصل بالنسبة لما فيها، وكذا الدابة فإنها أصل بالنسبة لنعلها، وكذلك البستان والقرية كما يأتي ذلك كُلُّهُ؛ إلا أن يقال: اقتصر على الأرض والشجر؛ لأن كونهما أصلين لغيرهما أشهر في العرف بخلاف غيرهما. وقال بعضهم: إن الأرض شاملة لأمور أربعة: لأنها تارة يعبر عنها بلفظ «الأرض»، وتارة بلفظ «الدار»، وتارة بلفظ «القرية»، وتارة بلفظ «البستان»، فلم يخرج من كلامه إلا الدابة تنضمُّ مع الشجر للأربعة المذكورة فتكون الأصول المذكورة هنا ستة، فالمراد بالأصول الأمور التي تستتبع شرعًا غير مسمَّاها لغة كما قاله «ق ل» على «الجلال».

(٢) أي جمع معنى وإلا فهو اسم جنس جمعي لها، وجمعها الحقيقي «ثمرات». وفي المصباح: «الثَّمَرُ» ـ بفتحتين ـ يجمع على «ثِمَارٍ» مثل جبل وجبال، ثم يُجمع «الثِّمَارُ» على «ثُمُرٍ» مثل كتاب وكتب، ثمَّ يجمع «ثُمُرٌ» على «أَثْمَارٍ» مثل عُنُقٍ وأعناق.

(٣) هي في اللغة: الفضاء الذي لا بناء فيه. وقال «م ر»: الفضاء بين الأبنية، والبقعةُ هي التي خالفت غيرها انخفاضًا أو ارتفاعًا، والعرصةُ هي الفضاء التي بين الدور. انتهى «مختار». ومنه يعلم أن الفقهاء لم يستعملوا العرصة والساحة في معناهما اللغوي؛ بل أشاروا إلى أن الألفاظ الأربعة عرفًا=

أَوِ الْبُقْعَةَ» وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ، . . . .

الأبنية ـ (أو البقعة وفيها بناء وشجر)، فإن باعها أو رهنها بما فيها من أشجارٍ وأبنيةٍ دخلت في العقد جزمًا ولو بقوله: «بعتُكَ ـ أو رهنتُكَ ـ الأرض بما فيها أو عليها أو بها أو بحقوقها»، وفي قوله: «بحقوقها» وجهٌ أنها لا تدخل في البيع، ويأتي مثله في الرهن، ووجهُهُ: أن حقوق الأرض إنما تقع على المَمَرِّ ومجرى الماء إليها ونحو ذلك. وإن استثناها: كـ «بعتُك ـ أو رهنتك الأرض ـ دون ما فيها» لم تدخل في العقد جزمًا، وإن أطلق (فالمذهب أنه يدخل) البناء والشجر الرَّطْبُ (في البيع[1] دون الرهن)؛ لأن البيع قويٌّ؛ بدليل أنه ينقل الملك فاستتبع؛ بخلاف الرهن، وهذا هو المنصوص فيهما. والطريق الثاني: القطعُ بعدم الدخول فيهما؛ لخروجهما عن مسمَّى الأرض، وحُمِلَ نصّه في البيع على ما إذا قال: «بحقوقها». والثالث: فيهما قولان بالنَّصِّ والتخريج: أحدهما: عدم الدخول لما مَرَّ، والثاني: يدخلان؛ لأنهما للدوام فأشبها أجزاء الأرض، ولهذا يُلحقان بها في الأخذ بالشفعة. وعلى الأول كُلُّ ما ينقل الملك من نحو هبةٍ ـ كوقف وصدقة ووصية ـ كالبيع، وما لا ينقله من نحو عارية ـ كإقرارٍ ـ كالرهن.

أما الشجر اليابس فلا يدخل كما صرَّح به ابن الرفعة والسُّبكي تَفَقُّهًا، وهو قياس

= بمعنًى، وهو القطعة من الأرض لا بقيد كونها بين الدور؛ «ع ش». وقد يقال: إذا كان معناها واحدًا فَلِمَ جمعوا بينها؟ وقال في «المصباح»: البُقعة من الأرض القطعة منها، بضمِّ الباء في الأكثر، وتجمع على «بُقَع» كغرفة وغرف، وبفتحها فتجمع على «بِقَاع» ككلبة وكلاب، وقال فيه أيضًا: ساحة الدار الموضع المتسع أمامها، والجمع: «ساحات». وقال فيه أيضًا: عرصة الدار ساحتُها، وهي البقعة والواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع «عِرَاصٌ» مثل كلبة وكلاب، و«عرصاتٌ» مثل سجدة وسجدات. انتهى. وعطف الساحة على ما قبلها من عطف الخاصِّ على العامِّ.

(١) أي ونحوه من كُلِّ ما ينقل الملك، فالأَوْلَى أن يقول: «في نحو بيع أرض مما ينقل الملك لا في نحو رهنها مما لا ينقله» أخذًا من كلامه بعد. ولو وكَّله في بيع أرض مثلًا لا يدخل في التوكيل ما يدخل فيها لو باعها الموكِّل؛ «م ر»، خلافًا لابن حجر حيث قال: فلو كان وكيلًا مطلقًا وباع العرصة دخل فيها ما يدخل في بيعها لو باعها الموكِّل. انتهى «سم». وعبارة «ع ش» على «م ر»: قوله: «يدخل في بيع أرض»؛ أي ولو كان البائع وكيلًا مأذونًا له في بيع الأرض من غير نَصٍّ على ما فيها، وينبغي أن مثله ولي المحجور عليه؛ بل أَوْلَى فإنه نائب عن المولى عليه شرعًا ففعله كفعله.

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ ـ كَالْقَتِّ وَالْهِنْدَبَا ـ . . . .

ما يأتي من أن الشجر لا يتناول غُصْنَهُ اليابس، فإن قيل: بيع الدار يتناول ما فيها من وتد ونحوه فيكون هنا كذلك[١]؟ أجيب: بأن ذلك أُثْبِتَ فيها للانتفاع به مثبتًا فصار كجزئها؛ بخلاف الشجرة اليابسة، ولهذا لو عرَّش عليها عريش نحو عنبٍ أو جعلت دعامةً لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل في البيع.

وعَدَّ البغوي شجر الموز مما يندرج في البيع، وهو المعتمد كما صحَّحه السُّبكي وإن خالف في ذلك الماوردي.

ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء وشِرْبُهَا ـ وهو بكسر الشين المعجمة: نصيبُهَا من القناة ـ والنَّهر المملوكين حتى يشرطه؛ كأن يقول: «بحقوقها»، وهذا ـ كما قال السبكي ـ في الخارج عن الأرض، أما الداخل فيها فلا ريب في دخوله، ويخالف ذلك ما لو استأجر أرضًا لزرعٍ أو غراسٍ فإن ذلك يدخل مطلقًا؛ لأن المنفعة لا تحصل بدونه.

تنبيه: دخول الفاء في قول المصنف: «فالمذهب» مُعْتَرَضٌ من جهة العربية، فإنه لم يتقدَّمه شرطٌ ولا ما يقتضي الرَّبط، ولذا قدرت في كلامه «إذا»[٢]، وقد وقع له مثل هذا في الجراح وغيره.

(وأصول البقل[٣] التي تبقى) في الأرض (سنتين) أو أكثر؛ بل أو أقل كما قاله جماعة منهم الماوردي ونقله عن نصّ «الأم»، وقال الأذرعي: «إنه المذهب»، ويُجزّ ما ذُكر مرارًا؛ (كالقَتِّ) وهو ـ بالقاف والتاء المثناة ـ علف البهائم، ويسمَّى «القِرْط»[٤] والرطبة والفِصْفِصة ـ بكسر الفاءين وبالمهملتين ـ (والهندبا) ـ بالمَدِّ والقصر ـ

---

(١) قوله: «هنا كذلك» ليس في نسخة البابي الحلبي.

(٢) في نسختي المقابلة: «فإذا».

(٣) البقلُ: خضروات الأرض كما في «الصحاح»، والإضافة بالنسبة لما يُجَزُّ بمعنى اللام، فالأصول بمعنى الجذور، وبالنسبة لما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى بيانية، فالأصول هي البقل نفسه كنبات البطيخ والخيار فيدخل في البيع، قال في «المصباح»: «البقل: كُلُّ نبات اخضرت به الأرض».

(٤) بكسر القاف وسكون الراء بعدها طاء مهملة، وهو شيء يشبه البرسيم.

كَالشَّجَرِ، وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً؛ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ.

والقَضْبِ ـ بالمعجمة ـ والقصب الفارسي والكرَّاث والكرفس والنعناع، أو تؤخذ ثمرتُهُ مَرَّةً بعد أخرى؛ كالنرجس والبنفسج والقطن الحجازي والبطيخ والقثاء (كالشجر)؛ لأن هذه المذكورات للثبات والدوام، فتدخل في البيع دون الرهن على الخلاف المتقدِّمِ.

والثمرة الظاهرة والجِزّة ـ بكسرة الجيم ـ الموجودة عند بيع الأرض المشتملة على ما يُجَزُّ مرارًا للبائع؛ بخلاف الثمرة الكامنة لكونها كالجُزء من الشجرة والجِزَّةِ غير الموجودة فيدخلان في بيع الأرض، وعلى عدم دخول الجِزَّةِ يشترط على البائع قطعها وإن لم تبلغ أوان الجَزّ؛ لئلا تزيد فيشتبه المبيع بغيره، بخلاف الثمرة التي لا يغلب اختلاطها فلا يُشترط فيها ذلك؛ وأما غيرها فكالجِزَّةِ كما يعلم مما يأتي. وما ذكر من اشتراط القطع هو ما جزم به الشيخان كالبغوي وغيره، واعتبار كثيرين وجوب القطع من غير اعتبار شرطه محمولٌ على ذلك؛ قال في «التتمة»: إلَّا القصب ـ أي الفارسي فهو بالصاد المهملة كما قاله الأذرعي؛ خلافًا لما ضبطه الإسنوي من أنه بالمعجمة ـ فلا يكلَّف قطعه حتى يكون قدرًا ينتفع به، وشجر الخلاف ـ بتخفيف اللام ـ كالقصب في ذلك. فإن قيل: الوجهُ التَّسوية بين المستثنَى والمستثنَى منه، فإمَّا أن يعتبر الانتفاع في الكُلِّ أو لا يُعتبر، أجيب: بأن تكليف البائع قطع ما استُثني يؤدّي إلى أنه لا ينتفع به من الوجه الذي يراد الانتفاع به بخلاف غيره، ولا بُعْدَ في تأخير وجوب القطع حالًا لمعنًى؛ بل قد عهد تخلّفه بالكلية وذلك في بيع الثمرة من مالك الشجرة كما سيأتي.

(ولا يدخل) في مطلق بيع الأرض كما في «المحرَّر» و«الروضة» وأصلها، أو قال: «بحقوقها» كما قاله القمولي وغيره (ما يؤخذ) بقلعٍ أو قطعٍ (دفعةً) واحدةً؛ (كحنطة وشعير وسائر) أي باقي (الزُّروع)؛ كالفجل والجزر وقطن خراسان والثوم والبصل؛ لأنه ليس للدوام فأشبه منقولات الدار.

تنبيه: عَدَّ الشيخان مما يؤخذ دفعةً السِّلْقَ ـ بكسر السين ـ واعترضهما جماعةٌ بأنه مما يُجَزُّ مرارًا، وأجاب عنه الأذرعي: بأنه نوعان: نوعٌ يؤخذ دفعةً واحدةً، وهو

وَيَصِحُّ بَيْعُ الأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ، وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ إِذَا حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ فِي الأَصَحِّ. وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ.

ما أراده الشيخان، ونوعٌ مما يُجَزُّ مرارًا، وهو المعروف بمصر وأكثر بلاد الشام.

[حكم بيع الأرض المزروعة]

(ويصح بيع الأرض المزروعة) قال الشارح: «هذا الزَّرع الذي لا يدخل» (على المذهب)؛ كما لو باع دارًا مشحونة بأمتعةٍ. والطريق الثاني: تخريجه على القولين في بيع الدار المستأجَرَةِ لغير المشتري؛ أحدهما: البطلان. وفرّق الأوّل: بأن يد المستأجِرِ حائلة. أما الزرع الذي يدخل فلا يمنع الصحة بلا خلافٍ، فتقييد الشارح لأجل مَحَلِّ الخلاف ولأجل قوله: (وللمشتري الخيار إن جهله) أي الزرعَ الذي لا يدخل؛ بأن كان قد رآها قبله، قال الأذرعي: «أو لم يسترها الزرع»؛ أي كأن رآها من خلاله، فإن قيل: إذا رآها من خلاله لا خيار له، أجيب: بأنه جَهِلَ كونه باقيًا إلى الشراء، وإلَّا فكيف يُتَصَوَّرُ أنه رأى الزرع وله الخيار؟ نعم إن تركه له البائع ـ ولا يملكه إلَّا بتمليك ـ أو قَصُرَ زمن التفريغ سقط خياره. أما العالم بذلك فلا خيار له لتقصيره، نعم إن ظهر أمرٌ يقتضي تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فله الخيار.

(ولا يمنع الزرع) المذكور (دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التَّخلية في الأصح)؛ لوجود التسليم في عين المبيع. والثاني: يمنع كما تَمنع الأمتعةُ المشحون بها الدار من قبضها. وفرّق الأول: بأن تفريغ الدار مُتَأَتٍّ في الحال غالبًا بخلاف الأرض.

(والبذر) ـ بالذال المعجمة ـ (كالزرع)، فالبذرُ الذي لا ثبات لنباته ويُؤخذ دفعةً واحدةً لا يدخل في بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد، ومثله القلع فيما يقلع، وللمشتري الخيار إن جهله وتضرَّر به، وصحّ قبضها مشغولة به، ولا أجرةَ له مُدَّةَ بقائه، فإن تركه له البائع سقط خياره وعليه القبول. ولو قال: «آخُذُهُ وأُفرغ الأرضَ» وأمكن في زمنٍ يسيرٍ ولم يضرَّ سقط خياره. والبَذْرُ الذي يدوم ـ كنوى النخل وبزر

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ. وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَوْ زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، وَقِيلَ: فِي الأَرْضِ ....

الكراث ونحوه من البقول ـ حكمه في الدخول في بيع الأرض كالشجر».

(والأصح)، وفي «الروضة»: «قطع الجمهور» (أنه لا أجرة للمشتري مُدَّةَ بقاء الزرع[1]) قال الشارح: «الذي جهله وأجاز؛ كما لا أرش في الإجازة بالعيب». انتهى، ولأنه بالإجازة رضي بتلف المنفعة تلك المُدَّةِ، فأشبه ما لو باع دارًا مشحونة بأمتعةٍ[2] فإنه لا أجرة لمُدَّةِ التفريغ. والثاني: له الأجرة؛ قال في «البسيط»: «لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه»؛ أي فليست كالعيب. أما إذا كان عالمًا فلا أجرة له جزمًا، فتقييد الشارح لأجل مَحَلِّ الخلاف.

[حكم بيع الأرض مع البذر أو الزرع الذي لا يفرد بالبيع عنها]

(ولو باع أرضًا مع بَذْرٍ أو زرع) بها (لا يفرد بالبيع[3]) عنها؛ أي لا يَصِحُّ بيعه وحده. والزرع الذي لا يُفرد بالبيع كبُرٍّ لم يُرَ؛ كأن يكون في سنبله، أو كان مستورًا بالأرض؛ كالفجل. والبَذْرُ الذي لا يفردُ بالبيع هو ما لم يَرَهُ، أو تغيَّر بعد رؤيته، أو امتنع عليه أَخْذُهُ كما هو الغالب. (بطل) البيع (في الجميع) جزمًا؛ للجهل بأحد المقصودين وتَعَذُّرِ التوزيع، نعم إن دخل فيها عند الإطلاق ـ بأن كان دائم النبات ـ صحَّ البيع في الكُلِّ، وكأنه ذكره تأكيدًا كما قاله المتولي وغيره وإن فرضوه في البذر. فإن قيل: يُشكل إذا لم يَرَهُ قبل البيع ببيع الجارية مع حملها، أجيب: بأن الحمل غير متحقِّقِ الوجود؛ بخلاف ما هنا، فاغتفر فيه ما لا يغتفر في الحمل. (وقيل: في الأرض

(١) وكذا لمدَّة التفريغ الواقع قبل القبض.

(٢) ولو كانت الأمتعة لغير البائع إما بإعارة منه أو نحو ذلك أو بغصبٍ فإن المشتري يستحق على الأجنبي الأجرة، وكذلك لو كانت للبائع ثم باعها بعد البيع فإن الأجرة تجب للمشتري على المشتري من البائع؛ قاله في «حواشي شرح الروض»؛ «شوبري».

(٣) أي كُلٌّ منهما؛ بخلاف ما يفرد كالشعير. والزرع الذي لا يفرد هو المستور بالأرض كالفجل، أو بما ليس من مصالحه كالسنبل. والبذر الذي لا يفرد هو ما لم يره أو تغير بعد رؤيته، وامتنع عليه أخذه؛ أي تعذر عليه أخذه كما هو الغالب؛ «زي» و«شرح م ر».

قَوْلَانِ.

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الأَرْضِ: الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا، دُونَ الْمَدْفُونَةِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ، وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ، ....

قولان)؛ أحدهما كالأول، والثاني: الصحَّة فيها بجميع الثمن.

تنبيه: ذكر في «المحرّر» البذر بعد صفة الزرع وقدَّمه في الكتاب؛ قيل: لتعود الصفة إليه أيضًا، فيخرج بها ما رُئِيَ قبل العقد ولم يتغيَّر وقدر على أخذه فإنه يُفرد بالبيع، ولم ينبّه في «الدَّقائق» على ذلك، وقد أطلق البذر في «الروضة» كأصلها، ولم يَقُلِ المصنِّف: «لا يفردان»؛ لأن المعروف في العطف بـ «أو» إفراد الضمير. والزرع الذي يفرد بالبيع كالقَصِيل الذي لم يسنبل، أو سنبل وثمرته ظاهرة؛ كالذرة والشعير.

[حكم دخول الحجارة المخلوقة والمثبتة في بيع الأرض]

(ويدخل في بيع الأرض الحجارةُ المخلوقة) أو المثبتة (فيها)؛ لأنها من أجزائها، فإن كانت تضرّ بالزرع أو الغرس فهو عيبٌ إن كانت الأرض تقصد لذلك مُثْبِتٌ للخيار. (دون المدفونة[1]) فيها ـ كالكنوز ـ فلا تدخل فيها؛ كبيع دار فيها أمتعة.

(ولا خيار للمشتري إن علم) الحالَ ولو ضرّ قَلْعُها، نعم إن جهل ضررها وكان لا يزول بالقلع، أو يتعطَّل به مُدَّةً لمثلها أُجرة فله الخيار كما قاله المتولي. (ويلزم البائعَ) القلعُ و (النقل) تفريغًا لملك المشتري، بخلاف الزرع؛ لأن له أمدًا يُنتظر. وللبائع التفريغ أيضًا وإن ضَرَّ المشتري، ويلزمه تسوية حُفَرِ الأرض الحاصلة بالقلع؛ قال في «المطلب»: بأن يعيد التراب المُزَالَ بالقلع من فوق الحجارة مكانه؛ أي وإن لم يُسَوّ؛ إذ يبعد أن يقال: يُسوّيها بتراب آخر من مكان خارج أو مما فيها؛ لأن في الأول إيجاب عينٍ لم تدخل في البيع، وفي الثاني تغيير المبيع. ولا أجرة عليه لمُدَّةِ ذلك وإن طالت.

---

(١) ولو اختلف البائع والمشتري فقال البائع بعد قلع المشتري الحجارة: «كانت مدفونة بها»، وقال المشتري: «كانت مثبتة» صدق البائع كما يصدق فيما لو قال: «إن البيع كان بعد التأبير» وقال المشتري: «قبله». انتهى «ح ل».

وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا، وَإِنْ ضَرَّ فَلَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الأَرْضِ، وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ؛ أَصَحُّهَا: تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ.

(وكذا) لا خيار للمشتري (إن جهل) الحال (ولم يضرَّ قلعها)؛ بأن لم تنقص الأرض به ولم يحوج النقل والتسوية إلى مُدَّةٍ لمثلها أجرة، سواء أضرّ تركها أم لا، ويلزم البائعَ النقلُ وتسوية الأرض، ولا أجرة عليه لمُدَّةِ ذلك كما مَرَّ. (وإن ضرّ) قلعها؛ بأن نقصت به الأرض، أو أحوج التفريغُ وتسويةُ الأرض لمُدَّةٍ لمثلها أجرة (فله الخيار) ضرّ تركها أم لا، ولا يسقط خياره بقول البائع: «أنا أغرم لك الأجرة والأرش» للمِنَّةِ، فلو تَرَكَ له الحجارة وتَرْكُها لا يضرُّ المشتري سقط خياره، فإن قيل: في ذلك مِنَّةٌ أيضًا، أجيب: بأن المِنَّةَ التي فيها حصلت بما هو متَّصل بالمبيع يشبه جزأه بخلافها في تلك. وهذا الترك إعراضٌ لا تمليك، فللبائع الرجوع فيه، ويعود برجوعه خيار المشتري، نعم لو وهبها له واجتمعت شُروط الهبة حصل المِلْكُ ولا رجوع للبائع فيها، فإن فُقد منها شرطٌ فهو إعراض كالترك؛ لأنه إذا بَطَلَ الخصوص بقي العموم. (فإن أجاز) حيث ثبت له الخيار (لزم البائعَ) القلعُ و (النقل) تفريغًا لملك المشتري، (و) لزمه (تسوية الأرض) كما سبق، سواء أنقل قبل القبض أو بعده. فلو رضي البائع بتركها؛ قال الإسنوي: «ففيه ما سبق».

تنبيه: ظاهر عبارة الشيخين أنه لو جَهِلَ ضرر الترك فقط أنه لا خيار له، واستدرك النشائيُّ والإسنوي عليهما: بأن مقتضى كلام غيرهما ثبوته؛ لأنه قد يطمع في أن البائع قد يتركها له، ورُدَّ هذا الاستدراك: بأن طمعه في تركها لا يصلح عِلَّةً لثبوت الخيار، ولا يقاس ثبوته على ثبوته فيما لو ضرّ قلعها دون تركها كما مَرَّ؛ لأنه ثَمَّ جاهلٌ بها وهنا عالم بها.

(وفي وجوب أجرة المثل مُدَّةَ النقل) إذا نقل البائع في مُدَّةٍ لمثلها أجرة **(أوجهٌ؛ أصحُّها: تجب إن نقل بعد القبض لا قبله)** حيث خُيِّرَ المشتري؛ لأن التفريغ المُفَوِّتَ للمنفعة مُدَّةً جنايةٌ من البائع، وهي مضمونة عليه بعد القبض لا قبله؛ لما مَرَّ أن جنايته

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ: ....

قبل القبض كالآفة. والثاني: تجب مطلقًا؛ بناءً على أنه يضمن جنايته قبل القبض. والثالث: لا تجب مطلقًا؛ لأن إجازة المشتري رضًا بتلف المنفعة مدة النقل. ويجري الخلاف - كما قالا في وجوب الأرش - فيما لو بقي في الأرض بعد التسوية عيبٌ وإن استبعده السبكي. قال البلقيني: فلو باع البائع الأحجار بطريقه فهل يَحِلُّ المشتري مَحَلَّ البائع، أو تلزمه الأجرة مطلقًا؛ لأنه أجنبي عن البائع؟ لم أقف فيه على نقلٍ، والأصح الثاني. انتهى، وهذا أَوْجَهُ مما قاله بعض المتأخرين من عدم اللُّزوم. أما إذا لم يخيّر فإنه لا أجرة له وإن طالت مدة التفريغ ولو بعد القبض.

تنبيه: هل تجب أجرة مُدَّةِ تفريغ الأرض من الزرع كمُدَّةِ تفريغها من الحجارة وإن لم تجب لمُدَّةِ بقائه كما مرَّ؟ قال بعض المتأخرين: نعم، والأوجه - كما قال شيخي - عَدَمُ الوجوب؛ لأنها تابعة لمدَّة بقائه.

ولو أحدث المشتري في هذه الأرض غَرْسًا وهو جاهلٌ بالأحجار ثم علم بها فله المطالبة بالقلع تفريغًا لملكه، ويضمن البائع نقصًا حدث بالقلع في الغراس، ولا خيار للمشتري إن اختصّ النقص المذكور بالغراس؛ لأن الضَّرر راجع لغير المبيع، ولأن الغراس عيب في الأرض البيضاء وقد حدث عنده، فإن نقصت الأرض بالأحجار فله قلع الغراس والفسخ إن لم يحصل بالغرس، وَقَلْعُ المغروس نقصٌ في الأرض وإلَّا فهو عيب حدث عنده يمنع الرَّدَّ ويوجب الأرش. وإن أحدث الغرس عالمًا بالأحجار فله المطالبة بالقلع تفريغًا لِمِلْكِهِ كما مرَّ، ولا يضمن البائع أرش نقص الغراس. ولو كان فوق الأحجار زرع لأحدهما تُرِكَ إلى أوان حصاده؛ لأن له أمدًا يُنتظر بخلاف الغراس، ولا أجرة لمُدَّةِ بقائه، وإذا قلعها البائع بعد الحصاد فعليه تسوية الأرض كما صرَّح به في «الروضة».

[ما يدخل في بيع البستان والحديقة عند الإطلاق]

ثم شرع في اللفظ الثاني وهو البستان فقال: (ويدخل في بيع البستان[1]) - وهو

(١) وكذا في رهنه، نعم البناء الذي في البستان لا يدخل في رهنه؛ لأنه ليس من مسمَّاه، وينبغي دخول=

الأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ: الأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ، لَا الْمَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ. . . . .

فارسيٌّ معرّبٌ، وجمعه «بَساتين» ـ والباغِ ـ وهو البُستان بالعجمية ـ والكرمِ والحديقة والجنينة عند الإطلاق (الأرضُ والشجر والحيطان) المحيطة بها؛ لدخولها في مسمًى البستان؛ بل لا يسمَّى بستانًا بدون حائط كما قاله الرافعي وغيره، (وكذا) يدخل (البناء) الذي فيه (على المذهب)، وقيل: لا يدخل، وقيل: في دخوله قولان، وهي الطُّرُقُ المتقدِّمة في دخوله في بيع الأرض. ويدخل عريشٌ تُوضع عليه قضبان العنب كما صرَّح به الرافعي في «الشَّرح الصغير» وجرى عليه ابن المقري في «روضه». ولا تدخل المزارع التي حول هذه المذكورات؛ لأنها ليست منها. ولو قال: «بعتُك هذه الدار البستان» دخلت الأبنية والأشجار جميعًا، أو «هذا الحائط البستان» أو «هذه المحوطة» دخل الحائط المحيط وما فيه من شجرٍ وبناءٍ.

[ما يدخل في بيع القرية عند الإطلاق]

ثم شرع في اللفظ الثالث وهو القرية ونحوها فقال: (و) يدخل (في بيع القرية) عند الإطلاق (الأبنيةُ) من سُورٍ وغيره (وساحات) وأشجار (يحيط بها السُّور)؛ بخلاف الخارج عنه، (لا المزارع[1]) والأشجار التي حولها، فلا تدخل (على الصحيح) ولو قال: «بِعْتُكَهَا بحقوقها»؛ لأن العرف لا يقتضي دخولها، ولهذا لا يحنث من حلف لا يدخل القرية بدخولها، والثاني: تدخل، والثالث: إن قال: «بحقوقها» دخلت وإلَّا فلا. فإن لم يكن لها سُورٌ دخل ما اختلط ببنائها من المساكن والأبنية، ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السُّورِ المتصلة به كما هو مقتضى كلام الشيخين وإن قال الإسنوي:

= الساقية أيضًا. انتهى «شوبري»، فإن قلت: إن البستان مسمَّاه لغةً: أرض وشجر وبناء، والكلام في ألفاظ تستتبع غير مسمَّاها لغة، وأجيب: بأن المراد بالبناء البناءُ الداخل في البستان كما يفهم من قوله: «وبناء فيهما»، والذي من مسمَّاه هو البناء المحيط به.

انظر: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، (٢/ ٢٩٦).

(١) شمل ما صرح به المصنف من عدم دخول المزارع ونحوها ما لو قال: «بحقوقها»؛ لعدم اقتضاء العرف دخولها، ولهذا لا يحنث من حلف لا يدخل القرية بدخولها؛ «م ر» «ع ش».

وَفِي بَيْعِ الدَّارِ: الأَرْضُ، وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّى حَمَّامُهَا، ....

«فيه نظر». وسكت الرافعيُّ عن الحريم، وقد صرَّح بدخول حريم الدار في بيعها فيأتي مثله هنا. وسكت المصنف عن دخول السُّورِ، قال السبكي: «ولا بُدَّ منه؛ لأنه داخل تحت اسمها»، وحيث دخل السُّورُ دخلت المزراع التي من داخله كما بحثه بعض المتأخرين.

ومثل القرية فيما مرَّ الدَّسْكَرَةُ[١]، وتقال لقصرٍ حوله بيوت، وللقرية والأرض المستويةِ والصومعة، ولبيوت الأعاجم يكون فيها الشراب والملاهي.

[ما يدخل في بيع الدار عند الإطلاق]

ثم شرع في **اللفظ الرابع** وهو الدار فقال: (و) يدخل (في بيع الدار[٢]) عند الإطلاق (الأرضُ) إجماعًا إذا كانت مملوكةً للبائع، فإن كانت موقوفة أو محتكرةً لم تدخل، ويثبت الخيار للمشتري إذا كان جاهلًا بذلك. (وكُلُّ بناء) من علوٍ أو سفلٍ؛ لأن الدار اسم للبناء والأرض، وتدخل الأجنحة والرَّواشِنُ والدرج والمراقي المعقودة والسقف والآجرّ والبلاط المفروش الثابت في الأرض. (حتى حَمَّامُهَا) المثبت؛ لأنه من مرافقها، وحكي عن النَّصِّ أن حمامها لا يدخل، وحمله الربيع على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل.

تنبيه: قوله: «حَمَّامُهَا» مرفوع؛ قيل: لأن «حتى» عاطفه كالواو، واعترض بأن ابن

(١) الدَّسْكَرَةُ: بناءٌ شبه القَصْرِ حوله بيوتٌ، ويكون للمُلوكِ، قال الأزهريُّ: «وأحسَبه معرَّبًا». و«الدَّسْكَرَةُ»: القريةُ.
انظر: المصباح المنير، كتاب الدال، مادة «دسكر»، ص/ ١٩٣.

(٢) مثلُها الخانُ والحوش والوكالة والزريبة، ويتَّجه إلحاق الرَّبع بذلك، فراجعه؛ «ق ل» على «الجلال». ولو باع علوًا على سقف فهل يدخل السقف لأنه موضع القرار كالأرض، أو لا يدخل، ولكنه يستحق الانتفاع به على العادة؛ لأن نسبته إلى السفل أظهر منها للعلو؟ والأوجه الثاني كما أفتى به الوالد؛ خلافًا لما أفتى به الجلال من الدخول. انتهى. ويظهر فائدة عدم الدخول فيما لو انهدم السقف، فإنه يأخذه البائع بعد انهدامه ولا يكلف إعادته، وفيما لو تولد ضرر من صاحب العلو لصاحب السفل فإنه يضمنه كما ذكره «ا ط ف» نقلًا عن «شرح م ر» و«ع ش».

لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ، وَتَدْخُلُ الأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَالإِجَّانَاتُ وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ، وَكَذَا الأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيِ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ وَالأَعْلَى، وَمِفْتَاحُ غَلَقٍ مُثْبَتٍ فِي الأَصَحِّ.

مالك ذكر أن عطف الخاص على العام يختص بالواو، فالأحسنُ أن تكون ابتدائيةً والخبر محذوف؛ أي يدخل.

ويدخل شجرٌ رطبٌ مغروس فيها، أما اليابس فلا يدخل؛ لأنه لا يدخل في بيع الأرض كما صرَّح به الرافعي في «الشرح الكبير»، ويدخل حريمها بشجره الرَّطْبِ إن كانت في طريق لا ينفذ، فإن كانت في طريقٍ نافذٍ فلا حريم لها.

(لا المنقول كالدلو والبَكْرَةِ) ـ بإسكان الكاف أشهر من فتحها ـ (والسرير) غير المُسَمّر والدفين، فلا يدخل في بيع الدار؛ لأن اسمها لا يتناوله.

(وتدخل الأبواب المنصوبة وحِلَقُهَا) ـ بفتح اللام ـ وغلقها المثبت والخوابي ومعاجن الخبازين وخشب القصارين، (والإجّانات) المثبتة، وهي ـ بكسر الهمزة وتشديد الجيم ـ ما يغسل فيها. (والرَّفُّ والسُّلَّمُ) ـ بفتح اللام ـ (المسمَّران)، ومثل التسمير التَّطيينُ. (وكذا) يدخل (الأسفل من حَجَرَيِ الرَّحى على الصحيح) لثباته، والثاني: لا يدخل لأنه منقول، وإنما أُثبت لسهولة الارتفاق به كيلا يتزحزح عند الاستعمال. (و) يدخل (الأعلى) أيضًا من الحجرين (ومفتاح غَلَقٍ[1] مثبتٍ في الأصح)، وهو ـ بفتح اللام ـ ما يغلق به الباب؛ لأنهما تابعان لشيء مثبت بخلاف

---

(١) أي ضبَّة؛ بخلاف الأقفال المقفلة فإنَّها لا تدخل هي ولا مفاتيحها، وكذا وتر القوس كما قاله «ح ل». وقال: «ق ل» على الجلال: ويدخل وتر القوس في بيعه، ومال شيخنا لعدم دخوله، وأشار بعضهم إلى الجمع: بأنَّه إن بيع وهو موتور دخل وتره، وإلَّا فلا، فراجعهُ. وعلَّل «م ر» في «شرحه» دخول الحجر الأعلى ومفتاح الغلق المثبَّت لأنَّهما تابعان لمثبت، قال الرشيديُّ عليه: «لأنَّهما تابعان لمثبت»؛ أي مع كونهما لا يستعملان في غيره إلَّا بتوقيعٍ جديد ومعالجة مستأنفة، فلا يَرِدُ نحو الدلو والبكرة ممَّا تقدَّم، وبهذا تعلم الجواب عمَّا وقع السؤال عنه في درس الشيخ كما في «حاشيته»: من أنَّه إذا باع مدقَّ اللبن هل تدخل آلته التي يدقُّ بها أو لا وهو أنَّها لا تدخل؛ لأنَّها كما تستعمل فيه تستعمل في غيره من غير علاج وتوقيع فهي كالبكرة؟ وهذا المأخذ أَوْلَى ممَّا سلكه الشيخ في «الحاشية» كما لا يخفى.

وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ: نَعْلُهَا، . . . .

مفتاح القفل، فإن القفل لا يدخل لأنه غير مثبت، والثاني: لا يدخلان؛ نظرًا إلى أنهما منقولان، والخلاف مبنيٌّ على دخول الأسفل؛ صرّح به في «الشرح» و«المحرّر» وأسقطه من «الروضة» كالمنهاج، وأسقط منه تقييد الإجّانات بالمثبتة وحكاية وجه فيها وفي المسألتين بعدها، ولفظ «المحرّر»: «وكذا الإجّانات والرُّفوف المثبتة والسَّلالم المُسَمَّرَةُ والتحتانيُّ من حجري الرَّحَى على أصح الوجهين»، ففهم المصنف أن التقييد وحكاية الخلاف لما ولياه فقط.

وتدخل ألواح الدَّكاكين وكُلُّ منفصل يتوقف عليه نفع متصل؛ كرأس التنور وصندوق البئر والطاحون وآلات السفينة. فإن قيل: لم يقيّدوا ألواح الدكاكين بالمنصوبة كما فعلوا في باب الدار، لماذا؟ أجيب: بأن العادة جارية في انفصال ألواح الدكاكين بخلاف باب الدار.

[حكم دخول ماء البئر الحاصل عند البيع في بيع الدار]

فرع: لا يدخلُ في بيع الدار ونحوها إذا كان بها بِئْرُ ماءٍ مَاءُ البئرِ الحاصلُ حالة البيع؛ كالثمرة المؤبَّرَةِ وماء الصهريج، فإن لم يشرط دخوله في العقد فسد لاختلاطه بالحادث، فلا يصح بيعه وَحْدَهُ، ولا بُدَّ من شرط دخوله لِيَصِحَّ البيع بخلاف ماء الصهريج.

[حكم دخول المعادن في بيع الدار]

ويدخل في بيعها المعادن الباطنة ـ كالذهب والفضة ـ لا الظاهرة؛ كالملح والنُّورة والكبريت، فحكم الظاهر كالماء الحاصل في أنه لا يَصِحُّ بيع ما ذكر، ولا تدخل هي فيه إلَّا بشرط دخولها.

[ما يدخل في بيع الدَّابَّة]

ثم شرع في اللفظ الخامس وهو الحيوان فقال: (و) يدخل (في بيع الدَّابَّة نعلها[١])

(١) أي المسمّر كما قاله السُّبكيُّ وغيره.

وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الأَصَحِّ؛ قُلْتُ: الأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

«فرع»

بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا ـ وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ ـ . . . .

وبُرَتُها ـ وهي حلقةٌ تجعل في أنفها ـ إن لم يكونا ذهبًا أو فضة، وإلَّا فلا يدخلان للعُرْفِ فيهما، ولحرمة استعمالهما حينئذٍ. ولا يدخل في بيعها العِذَارُ والمقود واللِّجام والسَّرج؛ اقتصارًا على مقتضى اللفظ.

[ما يدخل في بيع العبد]

(وكذا) تدخل (ثياب العبد) التي عليه (في بيعه في الأصح)؛ للعرف، (قلت: الأصح لا تدخل ثياب العبد) في بيعه، (والله أعلم) ولو كانت ساترةً العورة؛ اقتصارًا على مقتضى اللفظ، والأَمَةُ كالعبد كما في «شرح مسلم»، ومثلها الخنثى. ولا يدخل القُرْطُ الذي في أذن الرقيق، ولا الخاتم الذي في يده بلا خلاف، وجعلوا المَدَاسَ كذلك، والقياس أن يكون كالثياب.

[ما يدخل في بيع الشجرة الرَّطبة]

ثم شرع في اللفظ السادس وترجم له بـ«فرع»، فقال: (فرع): إذا (باع شجرة[١]) رطبة وأطلق ولو مع الأرض تبعًا أو بالتصريح (دخل عروقها) إن لم يشرط قطعها، (وورقها)؛ لأن ذلك من مُسَمَّاهَا، ولا فرق في دخول الورق بين أن يكون من فِرْصَاد[٢] وسِدْرٍ وحِنَّاءٍ وتوتٍ أبيض أو غيره لما ذكر. (وفي ورق التوت) الأبيض الأنثى المبيع شجرته في الربيع وقد خرج (وجهٌ) أنه لا يدخل، وكذا في ورق النَّبْقِ. وصحّح ابن

---

(١) أي منفردة أو مع مَحَلِّهَا تصريحًا أو تبعًا، فكلامه شامل لثلاث صور: بيعها وحدها، أو تبعًا للأرض، أو هما معًا. فإذا بيعت الأرض وحدها كانت الشجرة تابعة لها، وأصلًا لما عليها.

(٢) الفِرْصَادُ: قيل: هو التُّوت الأحمرُ، وقال أبو عبيد: «هو التُّوت»، وفي «التهذيب»: قال اللَّيثُ: الفِرْصَادُ شجرٌ معروفٌ، وأهلُ البصرة يُسَمُّونَ الشَّجرة «فِرْصَادًا» وحَمْلَهَا «التُّوتَ». والمرادُ بالفِرْصَادِ في كلام الفقهاء الشَّجَرُ الذي يحمل التُّوتَ؛ لأن الشَّجر قد يُسَمَّى باسم الثَّمر؛ كما يُسَمَّى الثَّمر باسم الشَّجر.

انظر: المصباح المنير، كتاب الفاء، مادة «فرص»، ص / ٤٧٥ / .

وَأَغْصَانُهَا إِلَّا الْيَابِسَ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَوِ الْقَطْعِ، وَبِشَرْطِ الإِبْقَاءِ، وَالإِطْلَاقُ

الرفعة أنَّ ورق الحناء لا يدخل، وعلّل عدم الدخول فيما ذكر أنه كثمر سائر الأشجار. و«التُّوتُ» بتاءين على الفصيح، وفي لغةٍ أنه بالمُثَلَّثَةِ في آخره. (و) دخل (أغصانها إلَّا اليابس[١]) فلا يدخل؛ لأن الرطبة تُعَدُّ من أجزائها؛ بخلاف اليابسة إذا كانت الشجرة رطبةً كما مرَّ؛ لأن العادة فيه القطع كالثمرة.

تنبيه: شمل كلامُهُ أغصانَ شجر الخلاف، وفيه خلافٌ، فقد صرَّح الإمام في موضع بالدخول وفي آخر بعدمه، وجُمِعَ بينهما بما قاله القاضي: أنَّ الخلاف نوعان: ما يُقطع من أصله فتدخل أغصانه، وما يُترك ساقه وتؤخذ أغصانه فلا تدخل.

ويدخل أيضًا الكِمام، وهي ـ بكسر الكاف ـ أوعية الطَّلع وغيره ولو كان ثمرها مؤبَّرًا؛ لأنها تبقى ببقاء الأغصان، ومثلها العرجون كما بحثه شيخنا وإن قال بعضهم: «إنه لِمَنْ له الثمرة».

قال الإسنوي: وتعبير المصنف يقتضي أنه لا فرق في العروق والأوراق بين اليابسة وغيرها، وهو مقتضى إطلاق الرافعي أيضًا وقد صرَّح به في «الكفاية»؛ لكن في العروق خاصة. انتهى، ويؤخذ من اقتصار صاحب «الكفاية» على العروق أن الأوراق اليابسة لا تدخل، وهو الأوجه كما قال شيخي؛ لأن الورق أَوْلَى بعدم الدخول من الغصن اليابس.

[حكم بيع الشجرة بشرط القلع أو القطع أو الإبقاء]

(ويصح بيعها بشرط القلع) وتدخل العروق، (أو القطع) ولا تدخل كما مرَّ؛ بل تُقطع عن وجه الأرض. (وبشرط الإبقاء) ويُتَّبَعُ الشرط. (والإطلاقُ) ـ بأن لم يشرط

---

(١) هذا القيد جارٍ في كُلٍّ من الأغصان والورق والعروق، فيخرج اليابس من كُلٍّ منها، فلا يدخل في البيع على المعتمد، فقوله: «ولو يابسًا» ضعيف، ومثل الأغصان العرجون؛ «م ر». وقوله: «وورقها» شمل ورق النيلة والحنَّاء. ومحلُّ كون الثمرة الموجودة عند البيع للبائع إذا كانت الثمرة غير ورق، وأمَّا إذا كانت ورقًا كما هنا فإنَّها تدخل في البيع بناءً على أن النيلة والحنَّاء من الشجر، وكذا إذا قلنا: «إنَّهما من أصول البقل» فتدخل الجزة الظاهرة في البيع، ويخصُّ كونها للبائع بغيرهما؛ «ح ل» ملخَّصًا.

يَقْتَضِي الإِبْقَاءَ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرِسُ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتِ الشَّجَرَةُ. وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ الْمُشْتَرِي الْقَلْعُ.

قلعًا ولا قطعًا ولا إبقاءً - (يقتضي الإبقاء) في الشجرة الرطبة للعادة؛ بخلاف اليابسة كما سيأتي. (والأصح أنه) أي الشأن (لا يدخل) في بيعها (المغرِس) - بكسر الراء: موضع غرسها - حيث أُبقيت؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله، فليس له بيعه ولا أن يغرس بدلها إذا قلعت؛ (لكن يستحق) المشتري (منفعته)، فيجب على مالكه أو مُسْتَحِقٍّ منفعته بإجارة أو وصية أن يُمَكِّنَهُ منه (ما بقيت الشجرة) تبعًا لها. ولو بذل مالكه أرش القلع لمالكها وأراد قلعها فإنه يجب عليه إبقاؤها، ولا يجوز له قلعها. ولو تفرَّخت منها شجرةٌ أخرى فهل يستحقُّ إبقاءها إلحاقًا لها بما يتجدَّد في الأصل من العروق والغلظ، أو يؤمر بقطعها لكونها لم تكن حالة العقد، أو يُفَرَّقُ بين ما جرت العادة في استخلافه وبين ما لم تَجْرِ به؟ قال بعضهم: فيه احتمالات. قال في «المطلب»: «والأول أظهر»، وقال الإسنويُّ: «يحتمل أن تبقى مدة بقاء الأصل، فإن زال أزيلت». انتهى، وهذا أظهر. قال في «المطلب»: «وما يُعلم استخلافه - كشجر الموز - فلا شك في وجوب بقائه». انتهى، والثاني: يدخل لاستحقاقه منفعته لا إلى غاية.

قال الإسنوي: «ولقائلٍ أن يقول: هل محلّ الخلاف فيما يسامت الشجرة من الأرض دون ما يمتدّ إليه أغصانُها أم الخلاف في الجميع؟ فإن كان الثاني فيلزم أن يتجدّد للمشتري كل وقت ملك لم يكن». انتهى، والأوجه ما قاله غيره، وهو ما يسامت أصل الشجرة خاصَّةً. والموضع الذي ينتشر فيه عروقُ الشجرة حريمٌ للمغرس؛ حتى لا يجوز للبائع أن يغرس إلى جانبها ما يضر بها. ويجري الخلاف فيما لو باع أرضًا واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى لها مغرسها أو لا؟ وفيما إذا باع أرضًا فيها ميتٌ مدفون هل يبقى له مكان الدفن أو لا كما قاله الرافعي في أول الدفن؟

(ولو كانت) الشجرة المبيعة مع الإطلاق (يابسةً لزم المشتري القلعُ)؛ للعادة في ذلك. وتعبيره بـ«القَلْعِ» أَوْلَى من تعبير «المحرّر» بـ«القطع»؛ لأنه يقتضي أن العروق لا تدخل، وليس مرادًا. فإن شرط قطعها أو قلعها لزمه الوفاء به، أو إبقاءها بَطَلَ البيع؛

وَثَمَرَةُ النَّخْلِ المَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوِ الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ، وَإِلَّا: فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ.

كما لو اشترى ثمرة مؤبَّرة وشرط عدم قطعها عند الجذاذ، نعم إن كان له في إبقائها غرضٌ مقصودٌ ـ كأن كانت مجاورة لأرضه، وقصد أن يضع عليها جذوعًا أو بناءً أو نحوه كعريش ـ صحَّ كما قاله الأذرعي وغيره.

[مطلبٌ في حكم ثمر المبيع]

ثم شرع في ذكر ثمر المبيع، وهو المقصود منه ولو مشمومًا كالورد، فقال: (وثمرة النخل المبيع إن شرطت[1] للبائع أو المشتري عمل به)، سواء أكانت قبل التأبير أم بعده وفاءً بالشرط، ولو شرط غير المؤبّرة للمشتري كان تأكيدًا كما قاله المتولّي وإن قال السبكي: «ينبغي أن يكون كشرط الحمل». (وإلَّا) بأن لم تشرط لواحد منهما بأن سكتَ عن ذلك: (فإن لم يتأبّر منها شيء فهي) كُلُّهَا (للمشتري، وإلَّا) بأن تأبّر منها شيءٌ (فللبائع) أي فهي كُلُّهَا له، والأصل في ذلك خبر الصحيحين: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ[2] الْمُبْتَاعُ[3]»[4]، مفهومُهُ: أنها إذا لم تؤبَّر تكون الثمرة للمشتري إلَّا أن يشرطها البائع، وكونها في الأول للبائع صادقٌ بأن تُشرط له أو يُسكت عن ذلك، وكونها في الثاني للمشتري صادق بذلك.

وألحق بالنخل سَائِرُ الثمار، وبتأبير كُلِّهَا تأبيرُ بعضها بتبعيَّة غير المؤبَّر للمؤبّر؛ لما في تتبع ذلك من العسر. و«التَّأبيرُ» تشقيق طلع الإناث وذَرُّ طلع الذُّكور فيه ليجيء رُطَبُهَا أجود مما لم يؤبَّر، والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقَّقُ بنفسه وينبثُّ ريح الذُّكور إليه، وقد لا يؤبَّر شيء ويتشقق الكُلُّ، والحكم فيه كالمؤبَّر اعتبارًا بظهور المقصود، ولذلك عَدَلَ المصنف عن قول «المحرّر»: «لم تكن مؤبّرة» إلى ما قاله،

---

(١) أي شرط جميعها أو بعضها المعيَّن؛ كالنصف.
(٢) في نسخة البابي الحلبي: «يشترطها».
(٣) أي المشتري.
(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبِّرت أو أرضًا مزروعة أو بإجارة / ٢٠٩٠/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلًا عليها ثمر / ٣٨٧٨/ .

وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نَوْرٍ ـ كَتِينٍ وَعِنَبٍ ـ إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ فَلِلْبَائِعِ وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي، وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرٍ ثُمَّ سَقَطَ ـ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ ـ فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ الثَّمَرَةُ، وَكَذَا إِنِ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ النَّوْرُ فِي الأَصَحِّ، وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ.

وشمل طلع الذُّكور فإنه يتشقق بنفسه ولا يشقق غالبًا، وفيما لم يتشقق منه وجهٌ أنه للبائع أيضًا؛ لأنه لا ثمر له حتى يعتبر ظهورها؛ بخلاف طلع الإناث. وتسمَّى ذكور النَّخل «فُحَّالة» بضم الفاء وتشديد الحاء المهملة، والمقصود من طَلْعِهَا «الكُشُّ»[1] ـ بضم الكاف وبالشين المعجمة، وهو ما يلقح به الإناث ـ وهو غير ظاهر حتى يتشقق، وليس المقصود منه الأكل.

(وما يخرج ثمره بلا نَورٍ) ـ بفتح النون ـ أي زهر؛ (كتين وعنب) وفستَق ـ بفتح التاء ويجوز ضمها ـ وجوز (إن برز ثمره) أي ظهر (فللبائع، وإلَّا) بأن لم يبرز (فللمشتري)؛ لأن البروز هنا كالتشقّق في الطَّلع، ولا يعتبر تشقّق القشر الأعلى من نحو جوز؛ بل هو للبائع مطلقًا؛ لاستتاره بما هو من صلاحه، ولأنه لا يظهر بتشقّق الأعلى منه.

وإن ظهر بعض التين أو العنب فما ظهر للبائع، وما لم يظهر فللمشتري كما في «التتمة» و«المهذب» و«التهذيب» وإن توقَّف فيه الشيخان؛ وجزم بالتوقُّف صاحب «الأنوار»، وفرّق الأئمة بينه وبين طلع النخل: بأن ثمرة النخل ثمرةُ عامٍ واحدٍ وهو لا يحمل فيه إلَّا مَرَّةً، والتين ونحوه يحمل حملين مَرَّةً بعد أخرى، فكانت الأُولى للبائع والثانية للمشتري. وكالتين فيما ذكر الجُمَّيْزُ ونحوه كالقثاء والبطيخ لا يتبع بعضه بعضًا؛ لأنها بطون بخلاف ما مَرَّ في ثمرة النخل ونحوه فإنها تُعَدُّ حملًا واحدًا.

(وما خرج في نَورٍ ثم سقط) نَوره؛ (كمِشْمِشٍ) ـ بكسر ميميه، وحُكي فتحهما ـ ورمان (وتفاح) ولوز (فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة)؛ لأنها كالمعدومة. (وكذا) هي له أيضًا (إن انعقدت ولم يتناثر النَّورُ في الأصح) إلحاقًا لها بالطَّلع قبل تشقّقه؛ لأن استتارها بالنَّورِ بمنزلة استتار ثمرة النخل بكِمَامه، والثاني يُلحقها به بعد تشقّقه لاستتاره بالقشر الأبيض، فتكون للبائع. (وبعد التناثر للبائع) قطعًا لظهورها، وصرَّح في «التنبيه» بأن ما لم يظهر من ذلك تابع لما ظهر.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الكشي».

وَلَوْ بَاعَ نَخَلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ، فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ فَلِلْمُشْتَرِي فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ . . . .

تنبيه: عَدَلَ المصنف عن قول «المحرّر»: «يخرج» المناسب للتقسيم بعده؛ قال الشارح: «كأنه لئلا يشتبه بما قبله».

وما يقصد منه الورد ضربان: ما يخرج من كِمَامٍ ثم ينفتح؛ كالورد الأحمر إنْ بيع أصله بعد تفتُّحه فللبائع كالطَّلع المتشقق، أو قبله فللمشتري. وما يخرج ظاهرًا كالياسمين: فإن خرج وَرْدُهُ فللبائع وإلَّا فللمشتري.

وتشقّق جوز قطن يبقى أصله سنتين فأكثر كتأبير النخل فيتبع المستتر غيره، وما لا يبقى أصلُهُ أكثر من سَنَةٍ إن بيع قبل تكامل قُطنه لم يَجُزْ إلَّا بشرط القطع كالزرع، سواء أخرج الجوز أم لا، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوز فهو للمشتري لحدوثه في ملكه، وإن بيع بعد تكامل قُطنه فإنْ[1] تَشَقَّقَ جوزه صحَّ العقد؛ لظهور المقصود، ودخل القطن في البيع، فإن قيل: إذا تشقّق يكون كالثمرة المؤبّرة كما جزم به القاضي، فلا يدخل في البيع، أجيب: بأن الشجرة المؤبّرة مقصودةٌ كثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة. وإن لم يتشقّق جوزه لم يصح العقد لاستتار قطنه بما ليس من صلاحه.

(ولو باع نخلات بُستان مُطْلِعَةً) ـ بكسر اللام ـ أي خرج طلعها. (وبعضُها) قال الشارح: أي من حيث الطَّلع (مؤبّر) دون بعضٍ واتحد الجنس والعقد (فللبائع) طلعها جميعه؛ المؤبَّرُ وغيرُهُ لما مرَّ.

وخرج بقوله: «من حيث الطَّلع» اختلاف النوع واختلاف الجنس، فإن الأوَّل يتبع على الأصح، والثاني لا يتبع جزمًا. (فإن أَفْرَدَ ما لم يؤبّر) بالبيع واتحد النَّوع (فللمشتري) طَلْعُهُ (في الأصح) لما مرَّ، والثاني: هو للبائع؛ اكتفاءً بدخول وقت التأبير عنه. وأما المؤبّر فللبائع. ولو باع نخلة وبقيت ثمرتها للبائع، ثم خرج طَلْعٌ آخر كان له أيضًا كما صَرَّحا به؛ قالا: «لأنه من ثمرة العام»، قال شيخنا: «قلت: وإلحاقًا للنادر بالأعم الأغلب». (ولو كانت) أي النَّخلات المذكورة (في بُستانينِ)؛ أي المؤبَّرةُ في

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «وتشقق».

فَالأَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ.

وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ: فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ، وَإِلَّا فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجَدَادِ، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنِ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ، وَلَا مَنْعَ لِلآخَرِ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُمَا،

بستان وغيرُها في بستانٍ واتحد العقد والجنس والمالك (فالأصح إفراد كُلِّ بستان بحكمه)، سواء أتباعدا أم تلاصقا. والثاني: هما كالبُستان الواحد. أما إذا تعدّد العقد أو اختلف الجنس أو تعدّد المالك أُفرد كُلٌّ بحكمه جزمًا.

(وإذا بقيت الثمرة للبائع) بشرط أو غيره (فإن شرط القطع لزمه) وفاءً بالشرط، (وإلّا) بأن أطلق أو شرط الإبقاء ـ وهو مزيد على «المحرّر» و«الروضة» وأصلها ـ (فله تركها إلى) زمن (الجَداد) تحكيمًا للعادة؛ كما يجب تبقية الزرع إلى أوان الحصاد، وإبقاءُ المتاع في السفينة في اللُّجَّةِ إلى الوصول إلى الشَّطِّ. وهو بفتح الجيم وكسرها وإهمال الدالين كما في «الصحاح»، وحُكي إعجامهما. ثم إذا جاء أوان الجداد ليس له الصبر حتى يأخذها على التدريج ولا تأخيرها إلى تناهي نضجها؛ بل المعتبر في ذلك العادة، ولو كانت الثمرة من نوع يُعتاد قطعه قبل النضج كالموز الأخضر في بلادٍ لا ينتهي فيها كُلِّفَ البائع قطعها على العادة. ويُستثنى من التبقية صورتان:

الأُولى: إذا تعذّر سقي الثمرة لانقطاع الماء وعظم ضرر الشجر بإبقائها فليس له إبقاؤها.

الثانية: إذا أصابتها آفة ولا فائدة في تركها فليس له إبقاؤها.

(ولكُلٍّ منهما) أي المتبايعين في الإبقاء (السَّقي إن انتفع به الشجر والثمر) أو أحدهما، (ولا منع للآخر) منه؛ لعدم ضرره.

تنبيه: عبارة «المهذب» و«الوسيط»: «إن لم يتضرر الآخر»، ويؤخذ منها عدم المنع عند انتفاء الضرر والنفع لأنه تعنّتٌ؛ قاله السبكي وغيره، قال شيخنا: «وقد يُتوقَّف فيه؛ إذ لا غرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشتري تمكينه». انتهى، وهذا هو الظاهر كما قاله شيخي.

(وإن ضرّهما لم يجز إلّا برضاهما) معًا، فليس لأحدهما السَّقي إلّا برضى الآخر؛

وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرِّرُ، وَقِيلَ: لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ. وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ.

لأنه يدخل عليه ضررًا، فإن رضيا بذلك جاز، فإن قيل: إذا رضيا بذلك ففيه إفساد للمال وهو حرامٌ، أجيب: بأن الإفساد غير محقّق، وقيل: يحمل كلامهم على ما إذا كان يضرهما من وجهٍ دون وجهٍ. (وإن ضرّ أحدهما) أي ضرَّ الشجر ونفع الثمر أو العكس (وتنازعا) أي المتبايعان في السقي (فسخ العقد)؛ لتعذر إمضائه إلَّا بإضرار أحدهما، والفاسخُ له المُتَضَرِّرُ كما يؤخذ من غضون كلامهم واعتمده شيخي، وقيل: الحاكم، وجزم به ابن الرفعة وصحّحه السبكي، وقيل: كُلٌّ من العاقدين، واستظهره الزركشي.

تنبيه: شمل كلام المصنف ما لو ضرَّ السَّقْيُ أحدَهما ومنع تركه حصولَ زيادة للآخر، وهو كذلك؛ لاستلزام منع حصولها له انتفاعه بالسقي، وذكر في «الروضة» فيه احتمالين للإمام.

(إلَّا أن يسامح المتضرر) فلا فسخ حينئذ لزوال النزاع، فإن قيل: في ذلك إضاعة مالٍ وهي محرمة، أجيب: بأن في ذلك إحسانًا ومسامحة. نعم الكلام في المالِكَيْنِ المطلقي التصرّف؛ لا من يتصرَّف لغيره أو لنفسه وهو غير مطلق التصرّف. (وقيل: لطالب السقي) وهو البائع في الصورة الأُولى والمشتري في الثانية (أن يَسْقِيَ) ولا يبالي بضرر الآخر؛ لأنه قد رضي به حين أقدم على هذا العقد، فلا فسخ على هذا أيضًا. وحيث احتاج البائع إلى سقي ثمرته فالمؤنة عليه. وأما الماء الذي يُسْقَى منه فقال في «المطلب»: «ظاهر كلام الأصحاب أنه الماء المُعَدُّ لسقي تلك الأشجار مَلَكَهُ المشتري أو لا». (ولو كان الثمر يمتصُّ رطوبة الشجر) والسقي ممكن بالماء المُعَدِّ له (لزم البائع أن يقطع) ثمرته (أو يسقي) الشجر؛ دفعًا لضرر المشتري، فلو تعذّر السقيُ لانقطاع الماء تعيّن القطع.

ثم شرع في اللفظ السابع وهو الثمار ـ وهو يتناول نواها وقِمْعُهَا[1] ـ في ضمن فصل، فقال:

---

(١) القِمْعُ والقِمَعُ أيضًا: ما على الثَّمرة والبُسرة.
انظر: مختار الصحاح، باب القاف، مادة «قمع»، ص/ ٢٣٠.

١٢ـ فصلٌ [في بيان بيع الثَّمر والزَّرع وبدوِّ صلاحهما]

يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ مُطْلَقًا، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ.

(فصلٌ) في بيان بيع الثَّمر والزَّرع وبدوِّ صلاحهما

(يجوز بيع الثمر بعد بدو) أي ظهور (صلاحه[١]) وسيأتي بيانه (مطلقًا) من غير شرط[٢] قطع ولا تبقية، (وبشرط قطعه وبشرط إبقائه)، سواء أكانت الأصول لأحدهما أم لغيره؛ لأنه ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا»[٣]؛ رواه الشيخان، فيجوز بعد بدوّه[٤]، وهو[٥] صادق بكل من الأحوال الثلاثة. والمعنى الفارقُ بينهما[٦]: أَمْنُ العاهة بعده غالبًا؛ لغلظها وكبر نواها، وقبله تُسرع إليه لضعفه، فيفوت[٧] بتلفه الثمن، وبه[٨] يشعر قوله ﷺ: «أَرَأَيْتَ[٩] إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَسْتَحِقُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»[١٠].

---

(١) ولو حَبّةً في بستان؛ بأن بلغ صفةً يطلب فيها غالبًا.

(٢) بيَّن به أنَّه ليس الغرض من الإطلاق التعميم. وهذا إن لم يغلب اختلاط حادثه بموجوده، وإلَّا فلا بدَّ من شرط القطع.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها / ٢٠٨٢/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا / ٣٨٧٥/ .

(٤) لأنَّ مفهوم الغاية يحتجُّ به؛ «ح ل».

(٥) أي الحديث صادق بكلٍّ من الأحوال الثلاثة؛ أي لأنَّ الحديث في تأويل نكرة بعد النفي؛ أي «لا يجوز بيع للثمرة» فيكون عامًّا، وعبارة «ع ن»: «وهو»؛ أي الحديث صادقٌ بعدم الصحَّة قبل بدو الصلاح في الأحوال الثلاثة؛ لكن يخصِّصه الإجماع بغير شرط القطع كما يأتي. انتهى. وكذلك مفهومه صادق بالصحَّة في الأحوال الثلاثة.

(٦) أي بين ما بدا صلاحه وما لم يَبْدُ صلاحه.

(٧) أي لو صحَّحناه.

(٨) أي وبهذا المعنى الفارق.

(٩) أي «أخبرني يا بائعُ». وقوله: «إن منع الله الثمرة»؛ أي سلَّط عليها العاهة؛ أي فإنَّ منع الثمرة لا يكون غالبًا إلَّا عند عدم بدوِّ الصلاح لضعفها حينئذٍ؛ «ح ل». والعاهةُ: الآفة.

(١٠) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع / ٢٠٨٦/ . ومسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح / ٣٩٧٧/

وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنِ الشَّجَرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعًا بِهِ لَا كَكُمَّثْرَى، ....

[حكم بيع الثمرة قبل بدوِّ صلاحها]

(وقبل الصَّلاح إن بيع منفردًا[١] عن الشجر لا يجوز)؛ أي لا يصح البيع، ويحرم للخبر المذكور[٢]؛ (إلَّا بشرط القطع[٣]) في الحال، وهو معنى قول ابن المقري: «منجَّزًا». (وأن يكون المقطوع منتفعًا به[٤])؛ كلوزٍ وحصرمٍ وبلحٍ، فيجوز حينئذ بالإجماع المُخَصِّصِ للخبر السابق، فدخل في المستثنى منه ما ينتفع به وبِيْعَ بغير شرطِ القطع، أو بيع بشرطه معلقًا، ووجه المنع في الثانية تضمن التعليق التبقية. وما (لا) ينتفع به (ككُمَّثْرَى) - بفتح الميم المشدّدة وبالمثلثة، الواحدة: «كُمَّثْرَاة»؛ ذكره الجوهري - وذكر هذا الشرط المعلوم من شروط البيع؛ قال الشارح: «للتنبيه عليه».

فروع: لو باع ثمرةً على شجرةٍ مقطوعة لم يجب شرط القطع؛ لأنها لا تبقى عليها فيصير كشرط القطع، ولأنها لا تنمو.

---

(١) أي على شجرة ثابتة، أمَّا لو كانت على شجرة مقطوعة فسيأتي أنَّه لا يجب شرط القطع. وخرج بـ«البيع» الهبةُ والرهن، فلا يجب شرط القطع فيهما، ووجه ذلك: أنَّه بتقدير تلف الثمرة بحائجة لا يفوت على المتَّهب شيء في مقابلة الثمرة، وكذا المرتهن لا يفوت عليه إلَّا مجرَّد التَّوثُّق، ودينه باق بحاله؛ بخلاف البيع فإنَّه بتقدير تلف الثمرة بعاهة يضيع الثمن لا في مقابلة شيء، فاحتيج فيه لشرط القطع ليأمن من ذلك؛ «ع ش» على «م ر».

(٢) انظر الحديث السابق الذي أخرجه الشيخان رحمهما الله تعالى.

(٣) أي حالًا، ولا تغني عنه العادة. ويلزم المشتري القطع فورًا ولا أجرة عليه لو تأخر ولو بغير رضى البائع لغلبه المسامحة بها؛ قال شيخنا «م ر»: إلا إن طالبه البائع به. والشجر في يد المشتري أمانة لعدم إمكان تسليم الثمر بدونه، وبذلك فارق كون ظرف المبيع عارية. ولو استثنى بائع الشجرة الثمرةَ قبل بدو الصلاح لنفسه لم يجب شرط القطع؛ بل يجوز بشرط الإبقاء لأنه استدامة ملك؛ «ق ل».

(٤) لا يقال: إنه غير محتاج إليه لأنه معلوم من اشترط النفع في كلِّ مبيع؛ لأنَّا نقول: هذا شرط زائد - وهو الانتفاع في الحال - لوجوب قطعه؛ بخلاف غيره فإنه يكفي فيه وجود النفع في المستقبل كجحش صغير كما تقدم؛ أي فما لا ينتفع به في الحال لا يصح بيعه بشرط القطع ولا بغيره وإن أمكن الانتفاع به في المستقبل بتربيته على الشجر كما في «ح ل».

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ؛ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَمْ يَجِبِ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ بِيعَ مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ، ....

ولا يغني اعتياد القطع عن شرطه؛ لعموم الخبر. ولو باع بشرط القطع ورضي البائع بإبقائه جاز، ولو أبقاها مُدَّةً ثم قطعها لزمته أجرتها إن كان البائع طالبه، وإلَّا فلا؛ قاله الخوارزمي.

والشجرة أمانة في يد المشتري؛ لتعذّر تسليم الثمرة بدونها، بخلاف ما لو اشترى نحو سَمْنٍ وقبضه في ظرفِ البائع فإنه مضمون عليه؛ لتمكّنه من التسليم في غيره.

(وقيل: إن كان الشجر للمشتري) والثمرة للبائع ـ كأن وَهَبَ الثمرة لإنسان أو باعها له بشرط القطع ثم اشتراها منه، أو أوصى بها لإنسان فباعها لمالك الشجرة ـ (جاز) بيع الثمرة له (بلا شرط)؛ لاجتماعهما في ملك شخصٍ واحدٍ، فأشبه ما لو اشتراهما معًا، وصحّح هذا الوجه في «الروضة» في باب المساقاة، وليس في الرافعي هنا تصريحٌ بترجيحٍ، ونقلا هنا عن الجمهور تصحيح الأول لعموم النَّهي، قال الإسنوي: «وهو المعروف، فلتكن الفتوى عليه».

(قلت: فإن كان الشَّجر للمشتري وشرطنا القطع) كما هوالأصح (لم يجب الوفاء به، والله أعلم)؛ إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره.

وليس لأحد الشريكين أن يشتري نصيب شريكه من الثمر قبل بُدُوِّ صلاحه بنصيبه من الشجر إلَّا بشرط القطع كغير الشريك، ويصير كُلُّ الثمر له وكل الشجر للآخر، فيتعيَّنُ على المشتري قطعُ جميع الثمر؛ لأنه التزم بذلك قطع ما اشتراه وتفريغ الشجر لصاحبه. وإن اشترى نصيب شريكه من الثمر بغير نصيبه من الشجر لم يَصِحَّ وإن شرط القطع؛ لتكليف المشتري قطع ملكه عن ملكه المستقِرِّ له قبل البيع.

[حكم بيع الثمر مع الشجر من غير شرط قطعه]

(وإن بيع) الثمر (مع الشجر) ولم يفصل الثمن (جاز بلا شرط) لقطعه؛ لأن الثمر هنا

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ.

وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الأَخْضَرِ فِي الأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَوْ بَعْدَ اشْتِدَادِ الْحَبِّ جَازَ بِلَا شَرْطٍ، . . . .

تَبَعٌ للأصل، وهو غير متعرِّضٍ للعاهة، وبهذا فارق بيع الثمرة من مالك الشجرة. (ولا يجوز بشرط قطعه)؛ لأن فيه حَجْرًا على المشتري في مِلْكِهِ. أما إذا فصل الثمن ـ كأن قال: «بعتُكَ الشجرة بدينار والثمرة بنصف دينار» ـ فلا بدّ من شرط القطع لانتفاء التبعية. ولو استثنى البائع الثمرة غير المؤبّرة لم يجب شرط القطع؛ لأنه في الحقيقة استدامة لملكها فله الإبقاء إلى أوان الجَداد، ولو صرَّح بشرط الإبقاء جاز كما في «الروضة»، وهو أحد نَصَّيْنِ للشافعي رضي الله تعالىٰ عنه كما أفاده البلقيني، ولم يطّلع بعضهم على هذا النَّصِّ، فزعم أن المنصوص خلافه. ولو باع نصف الثمر على الشجر مُشَاعًا قبل بدوّ الصلاح من مالك الشجر أو من غيره بشرط القطع صَحَّ إن قلنا للقسمة: «إفراز» وهو الأصح؛ لإمكان قطع النصف بعد القسمة، فإن قلنا: «إنها بيع» لم يصح؛ لأن شرط القطع لازم له، ولا يمكن قطع النصف إلَّا بقطع الكُلِّ فيتضرر البائع بقطع غير المبيع، فأشبه ما إذا باع نصفًا معينًا من سيف، وبعد بُدُوِّ الصلاح يصحّ إن لم يشرط القطع، فإن شرطه ففيه ما تقرّر. ويصح بيع نصف الثمر مع الشجر كُلِّهِ أو بَعْضِهِ ويكون الثمر تابعًا.

[حكم بيع الزرع الأخضر في الأرض]

(ويحرم) ولا يصحّ (بيع الزرع) ـ والمراد به ما ليس بشجر ـ (الأخضر في الأرض) إذا لم يَبْدُ صلاحه ولو كان بقلًا وكان البقل يُجَزُّ مرارًا. (إلَّا بشرط قطعه) ـ كالثمر قبل بُدُوِّ صلاحه ـ أو قلعه كما في «المحرَّر»، فإن باعه من غير شرطٍ أو بشرط إبقائه لم يصح البيع. (فإن بيع) الزرع المذكور (معها) أي الأرض، (أو) وحده (بعد اشتداد الحَبِّ) أو بُدُوِّ صلاح البقول (جاز بلا شرطٍ)؛ لأن الأول كبيع الثمر مع الشجر، والثاني كبيع الثمرة بعد بدوّ الصَّلاح.

تنبيه: كلامهم قد يُوهم اعتبار اشتداد جميع الحَبِّ، وليس مرادًا، فقد ذكر المتولّي

وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ؛ كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ.

وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ ـ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ ـ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ، وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ. . . . .

وغيره أنه إذا اشتدَّ بعض السنابل كان كبُدُوِّ الصلاح في بعض الثمار، وقد اكتفوا في التَّأبير بطلعة واحدةٍ، وفي بدو الصلاح بحَبَّةٍ واحدةٍ، وقياسه هنا أن يُكتفى باشتداد سنبلة واحدة، قال الأذرعي: «وفي النفس من ذلك في الجميع شيء»، وقال الزركشي: «كُلُّ ذلك مشكل».

ولا يصح بيع البطيخ والباذنجان ونحوهما قبل بُدُوِّ الصلاح إلَّا بشرط القطع وإن بيع من مالك الأصول لما مرَّ، ولو باعه مع أصوله فكبيع الثمرة مع الشجرة على ما بحثه الرافعي بعد أن نقل عن الإمام والغزالي وجوب شرط القطع لتعرّض أصله للعاهة، بخلاف ما إذا باعهما مع الأرض لأنه كالشجر، فلا يحتاج إلى شرط القطع، وجزم «الحاوي» بما بحثه الرافعي، وصحّحه السبكي والإسنوي وغيرهما، وهو المعتمد، وقال ابن الرفعة: «إنه المنقول وما قاله الإمام من تفقّهه». انتهى. فإن باع ذلك بعد بُدُوِّ صلاحه ولو لبعضه دون أصوله أو باع أصوله دونه وغَلَبَ اختلاط حادثه بالموجود لم يَصِحَّ إلَّا بشرط القطع؛ لأن بيعه بدون ذلك يُفْضي إلى تعذّر إمضاء العقد، فإن أُمِنَ الاختلاط جاز بغير شرط؛ كما يجوز بيع ما لا يغلب اختلاطه كذلك؛ بأن ندر أو استوى فيه الأمران أو لم يُعلم حالُهُ.

[ما يشترط لبيع الزرع والثمر بعد بُدُوِّ الصَّلاح]

(**ويشترط لبيعه**) أي الزرع (**وبيعِ الثَّمر بعد بُدُوِّ الصلاح ظهور المقصود**) من الحب والثمر؛ لئلا يكون بيع غائب؛ (**كتين وعنب**)؛ لأنهما مما لا كِمَامَ له، (**وشعير**)؛ لظهوره في سنبله.

[حكم بيع ما لا يُرى حبُّه دون سنبله]

(**وما لا يُرى حَبُّهُ؛ كالحنطة والعَدَسِ**) ـ بفتح الدال ـ والسِّمسِم (**في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله**) لاستتاره، (**ولا معه في الجديد**)؛ لأن المقصود منه مستترٌ بما ليس من

وَلَا بَأسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الأَكْلِ. وَمَا لَهُ كِمَامَانِ ـ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَا ـ .

صلاحه؛ كالحنطة في تبنها بعد الدِّياس، فإنه لا يصح قطعًا، والقديم: الجواز؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته، ولخبر مسلم: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ»[1]؛ أي يشتدّ فيجوز، ولم يفصل بين حَبٍّ وحَبٍّ، وأجيب: بحمله على الشعير ونحوه جمعًا بين الدليلين. والأرز كالشعير، وقيل: كالحنطة. والذُّرة نوعان: بارز الحبات كالشعير، وفي كِمَامٍ كالحنطة.

[حكم بيع ما استتر مقصوده في الأرض]

ولا يصح بيع الجزر والفجل ونحوهما كالثوم والبصل في الأرض لاستتار مقصودها، وعَدَّ في «الروضة» من ذلك السِّلق، وهو محمول على أحد نوعيه، وهو ما يكون مقصوده مُغَيَّبًا في الأرض، أما ما يظهر مقصوده على وجهها وهو المعروف بأكثر بلاد مصر والشام فيجوز بيعه كالبقل. ويصح بيع ورقها بشرط القطع كالبقول.

[حكم بيع ما له كِمَامٌ لا يزال إلَّا عند الأكل]

(ولا بأس بكِمَامٍ) وهو ـ بكسر الكاف ـ وعاء الطلع وغيره. (لا يزال إلَّا عند الأكل)؛ كالرُّمان والعَلَسِ[2] والموز والبطيخ والباذنجان والأرز في سنبله؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته. ولا يخالف ما ذكر في العلس والأرز عدم صِحَّةِ السَّلَمِ فيهما كما سيأتي في بابه؛ لأن البيع يعتمد المشاهدة، بخلاف السلم فإنه يعتمد الأوصاف، وهي لا تفيد الغرض في ذلك؛ لاختلاف القشر خِفَّةً ورزانةً، ولأن السَّلَمَ عقد غرر فلا يضم إليه غررٌ آخر بلا حاجة إليه. وما نقل عن «فتاوى المصنف» من أن الأصح جواز السَّلَمِ في الأرز محمولٌ على المقشور.

[حكم بيع ما له كِمَّانِ]

(وما له كِمَامَانِ؛ كالجوز واللوز والبَاقِلَّا) وهي ـ بتشديد اللام مقصورًا ـ الفول.

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع / ٣٨٦٤/ .
(٢) العَلَسُ ـ بفتحتين ـ: ضربٌ من الحنطة تكون حَبَّتَانِ في قشرٍ، وهو طعامُ أهل صَنعاء.
انظر: مختار الصحاح، باب العين، مادة «علس»، ص/ ١٨٩/ .

يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الأَسْفَلِ، وَلَا يَصِحُّ فِي الأَعْلَى، وَفِي قَوْلٍ: يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا.

(يباع في قشره الأسفل)؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته، (ولا يصح في الأعلى) لا على الشجر ولا على الأرض؛ لاستتاره بما ليس من مصالحه، نعم يصح بيع قصب السُّكر في قشره الأعلى كما في «الاستقصاء»، ونقله في «المطلب» عن الماوردي، ووُجِّهَ: بأن قشره الأسفل كباطنه؛ لأنه قد يُمَصُّ معه فصار كأنه في قشر واحد كالرمان، ولأن قشره الأعلى لا يستر جميعه. وما قيل: من أن الشافعي أمر الربيع ببغداد أن يشتري له الباقلّا الرطب رُدَّ: بأن هذا نصّه في القديم، ونَصَّ في الجديد على خلافه، وبأن في صحة ذلك توقُّفًا؛ لأن الربيع إنما صَحِبَ الشافعي بمصر لا ببغداد؛ لكن قال بالصحة كثيرون.

(وفي قول: يصح إن كان رطبًا)؛ لتعلّق الصلاح به؛ حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللُّبِّ. واللُّوبيا كالفول كما قاله الدارمي وغيره. وعلم من تقييد المصنف الخلافَ بالرَّطْبِ امتناعه إذا جفّ قطعًا، وصرَّح به في «زيادة الروضة» إذا لم نجوّز بيع الغائب. وفي «الروضة» وأصلها يجوز بيع اللوز في القشر الأعلى قبل انعقاد الأسفل؛ لأنه مأكول كُلُّهُ كالتفاح، ونقله في «المجموع» عن الأصحاب، وقاس بعضهم عليه ما كان في معناه.

تنبيه: قول المصنف: «كِمَامَانِ» معترضٌ؛ لأنَّ «الكِمَامَ» جمع «كِمٍّ» ـ بكسر الكاف ـ و«كِمَامَةٍ» كما قاله الجوهري وجرى عليه المصنف في «التحرير»، فالأَوْلَى أن يقول: «قشران» أو «كِمَّانِ» أو «كِمَامَتَانِ» بزيادة التاء؛ لأن مراده فردان من أفراد الأَكِمَّةِ كما قاله الإسنوي.

قال ابن الرفعة: «والكَتَّان إن بدا صلاحه يظهر جواز بيعه؛ لأن ما يغزل منه ظاهرٌ، والسَّاسُ في باطنه كالنَّوى في التمر؛ لكن هذا لا يميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى». انتهى، ويظهر أن محلّه إذا لم يُبَعْ مع بزره بعد بدوّ صلاحه، وإلَّا فلا يصح كالحنطة في سنبلها.

وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ: ظُهُورُ مَبَادِىءِ النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ، وَفِي غَيْرِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَوِ السَّوَادِ. . . . .

[المراد بِبُدُوِّ صلاح الثَّمر]

(وبدوّ صلاح) الأشياء صيرورتها إلى الصفة التي تطلب فيها غالبًا، ففي (الثمر ظهور مبادىء النُّضْجِ) ـ بضم النون وفتحها ـ (والحلاوة فيما لا يتلوّن) منه؛ بأن يتموّه ويلين كما في «المحرّر» وغيره، قال الشارح: «وكأن المصنف رأى في إسقاطه أنه لا حاجة إليه مع ما قبله». وفي «تكملة الصِّحاح» للصَّغاني: تَمَوَّهَ ثمرُ النَّخل والعِنب: إذا امتلأ ماءً وتهيّأ للنُّضج. وقوله: «فيما. . . إلى آخره» متعلق بـ«ظهور» و«بدوّ».

(وفي غيره) ـ وهو ما يتلوَّن ـ أي بدوّ الصلاح فيه (بأن يأخذ في الحمرة أو السَّواد) أو الصُّفرة؛ كالبلح والعنّاب والمشمش والإجّاص ـ بكسر الهمزة وتشديد الجيم ـ وفي نحو القثّاء بأن يُجْنَى مثله غالبًا للأكل، وفي الحبوب اشتدادها، وفي نحو ورق التوت تناهيه، وفي نحو الورد انفتاحه.

فائدة: جعل الماورديُّ بُدُوَّ الصلاح على ثمانية أقسام:

أحدها: باللَّون؛ كصفرة المشمش، وحمرة العنَّاب، وسواد الإجاص، وبياض التفاح، ونحو ذلك.

ثانيها: الطَّعم؛ كحلاوة قصب السُّكر، وحموضة الرمان إذا زالت المرارة.

ثالثها: النُّضج في التين والبطيخ ونحوهما، وذلك بأن تلين صلابته.

رابعها: بالقوَّة والاشتداد؛ كالقمح والشعير.

خامسها: بالطُّول والامتلاء؛ كالعلف والبقول.

سادسها: بالكبر؛ كالقثّاء.

سابعها: بانشقاق كِمَامِهِ؛ كالقطن والجوز.

ثامنها: بانفتاحه؛ كالورد وورق التوت.

وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ.

وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ أَوْ بُسْتَانَيْنِ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ. وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا، . . . .

[حكم بُدُوِّ صلاح بعض الثَّمر دون بعضٍ]

(ويكفي بدوّ صلاح بعضه وإن قلّ)؛ لصحة بيع كله من شجرة أو أشجارٍ متحدة الجنس، ولو حَبَّةً واحدةً من عنب أو بُسْرٍ أو نحوه؛ لأن الله تعالىٰ امتنّ علينا فجعل الثمار لا تطيب دفعةً واحدةً إطالةً لزمن التفكّه، فلو اشترط في المبيع طيب جميعه لأدّى أن لا يباع شيء؛ لأن السَّابق قد يتلف، أو تباع الحَبَّةُ بعد الحَبَّةِ، وفي كُلٍّ منهما حرج. فإن اختلف الجنس ـ كرُطَبٍ وعنب ـ وبدا الصَّلاح في أحدهما فقط وجب شرط القطع في الآخر، وأما النوع فلا يضر اختلافه؛ كالبرنيّ والصيحانيّ كما هو ظاهر كلام الرافعي؛ كما إذا اختلف النوع في التأبير كما مرَّ وإن كان في كلام القاضي أبي الطيب ما يدلُّ على أنه يضرُّ.

(ولو باع ثمرة بستان أو بساتين بدا صلاح بعضه) واتحد جنسه (فعلى ما سبق في التأبير) فيتبع ما لم يَبْدُ صلاحه ما بدا صلاحه في البستان أو كُلٍّ من البساتين وإن اختلف النوع، بخلاف الجنس فلا يتبع جنسٌ غيرَهُ، ولو بدا صلاح بعض ثمر أحدهما دون الآخر فلا تبعيَّة على الأصح؛ بل لا بدّ من شرط القطع في ثمر الآخر.

[ما يلزم من باع ما بدا صلاحه]

(ومن باع ما بدا صلاحه) من ثمر أو زرع وأبقي (لزمه سقيه) إن كان مما يُسقى (قبل التَّخلية وبعدها) قَدْرَ ما ينمو به ويسلم من التلف والفساد؛ لأنه من تتمة التسليم الواجب؛ كالكيل في المكيل والوزن في الموزون، فلو شرط كونه على المشتري بَطَلَ البيع؛ لأنه مخالف لمقتضاه، فإن باعه بشرط قطعه لم يلزمه السَّقي بعد التخلية. ولو باع الثمرة لمالك الشَّجرة لم يلزمه سَقْيٌ كما هو ظاهر كلامهم؛ لانقطاع العُلقة بينهما. وظاهر كلامهم أن الثمرة لو كبرت وكان لا يتأتى قطعها إلَّا في زمن طويل يحتاج فيه إلى

وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا.

وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا ـ كَبَرْدٍ ـ فَالْجَدِيدُ: أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، ......

السَّقي أنَّا نكلّفه ذلك وإن قال الأذرعي: «فيه نظر»، ويستمر اللزوم إلى أوان الجَداد.

(ويتصرف مشتريه) أي الثمر (بعدها) أي التَّخلية من كُلِّ وجه. هذا إن اشتراه قبل أوان الجَداد، أما بعده فقد تقدم في الكلام على القبض أن كلام الرافعي هناك يقتضي توقّف قبضها على النقل.

[حكم ضمان الثمر الذي بدا صلاحه بعد التخلية]

(ولو عرض مُهْلِكٌ بعدها) ـ أي التخلية ـ من الآفات السماوية؛ (كبَرْدٍ) ـ بفتح الراء وإسكانها كما ضبطه المصنف بخطه ـ أو حرّ أو جراد أو حريق (فالجديد أنه من ضمان المشتري)؛ لأن التخلية كافية في جواز التصرّف، فكانت كافيةً في جواز نقل الضمان قياسًا على العقار، والقديم: من ضمان البائع؛ لخبر مسلم: «أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»[1]، وأجيب: بحمله على الندب، أو على ما قبل التخلية جمعًا بين الأدلة.

تنبيه: تمثيله بـ«البرد» يفهم أن محلَّ القولين أن يكون المهلك سماويًا، وهو كذلك كما قدرته في كلامه.

فإن سُرِقَ أو غصب فهو من ضمان المشتري قطعًا؛ لإمكان الحفظ منه والتغريم، وقيل: بطرد القولين، ومحلّهما أيضًا ما لم يكن بسبب ترك البائع السَّقي، وإلَّا فالمذهب القطع بأنها من ضمان البائع، وما إذا باع الثمرة دون الشجرة وإلَّا فهي من ضمان المشتري قطعًا، وما إذا باع الثَّمرة من غير مالكِ الشَّجرة وإلَّا فهي من ضمانه قطعًا لانقطاع العلائق بينهما. ولو عرض المهلك بعد إمكان الجَداد فكذا في أشبه القولين عند الرافعي.

ولو تعيّب بالجائحة فلا خيار للمشتري على الجديد، أما قبل التَّخلية فلا يتصرف فيه المشتري، وهو من ضمان البائع كنظائره.

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح / ٣٩٨٠.

فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

وَلَوْ بِيعَ ثَمَرٌ يَغْلِبُ تَلَاحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ ـ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ ـ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِهِ. . . . .

(فلو تعيب) الثمر المبيع منفردًا من غير مالك الشَّجر (بترك البائع السَّقي فله) أي المشتري (الخيار) على القولين؛ لأن الشرع ألزم البائع التنمية بالسَّقي، والتعييبُ بتركه كالتعييبِ قبل القبض؛ حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضًا. هذا إذا لم يتعذَّر السقي، وإلَّا بأن غارت العين أو انقطع النهر فلا خيار له كما صرَّح به أبو علي الطبري، ولا يكلف في هذه الحالة تحصيل ماء آخر كما هو قضية نصّ «الأمّ» وكلام الجويني في «السّلسلة». فإنْ آلَ التَّعيب إلى التلف والمشتري عالمٌ به ولم يفسخ لم يغرم له البائع في أحد وجهين كما رجّحه بعض المتأخرين.

[حكم ما لو بيع ثمر قبل بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك]

(ولو بيع) ثمرٌ (قبل) بدوّ (صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك) بجائحة (فَأَوْلَى بكونه من ضمان المشتري) ما لم يشترط قطعه بعد بُدُوِّ الصلاح؛ لتفريطه بترك القطع المشروط، وهذه المسألة مزيدةٌ على «الروضة» مذكورةٌ في أصلها.

تنبيه: فرض المصنف المسألة تبعًا للمحرَّر فيما قبل الصلاح، وكذا في «الشرحين»، وفرض في «الروضة» فيما بعد بُدُوِّه، وحكمها عند شرط القطع واحدٌ، فالأَوْلَى حذف التقييد، ولذلك أطلق البغوي والخوارزمي الخلاف فيما إذا باع بشرط القطع ليشمل الحالين.

[حكم بيع الثمر الذي يغلب تلاحقه]

(ولو بيع ثمرٌ) أو زرعٌ بعد بُدُوِّ الصَّلاح ولو لبعضه (يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود؛ كتين) وبطيخ (وقثاء لم يصح) البيع لعدم القدرة على تسليمه؛ (إلَّا أن يشترط على المشتري قطع ثمره) أو زرعه؛ خوفًا من الاختلاط المانع من التسليم، فيصح حينئذٍ البيع لزوال المحذور.

وَلَوْ حَصَلَ الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ؛ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الأَصَحِّ.

واحترز بـ «يغلب» عمّا إذا ندر الاختلاط، فإنّ البيع يصح مطلقًا وبشرط القطع وبشرط الإبقاء، سواء أعلم عدم الاختلاط أم لم يعلم كيف الحال، ولو استوى الأمران فالظاهر ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ أنه يُلحق بالنّادر.

(ولو حصل الاختلاط) قبل التخلية فيما يغلب فيه التلاحق والاختلاط، أو (فيما يندر فيه فالأظهر أنه لا ينفسخ البيع)؛ لبقاء عين المبيع، وتسليمه ممكن بالطريق الآتي؛ (بل يتخير المشتري) بين الفسخ والإجازة؛ لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم. والثاني: ينفسخ؛ لتعذر تسليم المبيع، ونقل هذا عن تصحيح الأكثرين. وعلى الأول (فإن سَمَحَ له البائع بما حدث سقط خياره في الأصح)؛ لزوال المحذور، ويملكه ـ كما قال ابن المقري ـ بالإعراض كما في الإعراض عن السنابل، فإن قيل: تقدَّم أنه لا يملك النَّعل بالإعراض عنها، فَلِمَ لا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن عود النعل إلى المشتري متوقَّعٌ، ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع. والثاني: لا يسقط؛ لما في قبوله من المِنّة. وكلام المصنف والرافعي تبعًا للإمام والغزالي يقتضي إثبات الخيار للمشتري أولًا؛ حتى يجوز له المبادرة إلى الفسخ، فإن بادر البائع أولًا فسامح سقط خياره، وهو كذلك وإن قال في «المطلب»: «إنه مخالف لِنَصِّ الشافعي والأصحاب فإنهم خيّروا البائع أولًا، فإن سمح بحقّه أقرّ العقد وإلّا فسخ». وقضية كلام الرافعي وتعليله أنه خيار عيب يستقلّ به المشتري، وهو كذلك وإن نقل في «الكفاية» عن الماوردي أن الفاسخ هو الحاكم.

وخرج بـ «قبل التخلية» التي قدّرتها في كلامه ما لو وقع الاختلاط بعدها فلا يخيّر المشتري؛ بل إن توافقا على قَدْرٍ فذاك، وإلّا صُدّق صاحب اليد بيمينه في قدر حق الآخر.

وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشتري أو لهما؟ فيه أوجه، وقضية كلام الرافعي ترجيح الثاني.

ولو اشترى شجرة وعليها ثمرة للبائع يغلب تلاحقها لم يصحّ إلّا بشرط قطع البائع

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ، وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ، . . . .

ثمرته، فإن شرط فلم يقطع أو كانت مما يندر تلاحقها وجرى الاختلاط كما سبق في ثمار المشتري لم ينفسخ؛ بل من سمح بحقّه لصاحبه أُجبر صاحبه على القبول، وإن تشاحًّا فسخ العقد كما مرَّ. ولو باع جزّة من القَتّ مثلًا بشرط القطع فلم يقطعها حتى طالت وتعذّر التمييز جرى القولان، ويجريان أيضًا فيما لو باع حنطةً فانصبَّ عليها مثلها قبل القبض وكذا في المائعات. ولو اختلط الثوبُ بأمثاله أو الشَّاةُ المبيعة بأمثالها فالصحيح الانفساخ؛ لأن ذلك يورث الاشتباه وهو مانع من صحة العقد لو فرض ابتداءً، وفي نحو الحنطة غاية ما يلزم الإشاعة، وهي غير مانعةٍ.

[حكم المحاقلة والمزابنة]

(ولا يصح بيع الحنطة في سنبلها بصافية) من التبن، (وهو المحاقلة، ولا) بيع (الرطب على النخل بتمر، وهو المزابنة)؛ للنهي عنهما في خبر الصحيحين[١]، وفي رواية للشافعي: «والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فَرْقٍ[٢] من الحنطة، والمزابنة أن يبيع التمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر»، قال الرافعي: «إن كان هذا التفسير مرفوعًا فذاك، وإن كان من الراوي فهو أعرف بتفسير ما رواه»، ولعدم العلم بالمماثلة فيهما، ولأن المقصود من البيع في المحاقلة مستتر بما ليس من صلاحه، ولأنه حنطةٌ وتبنٌ بحنطةٍ فبطل لقاعدة «مُدّ عجوة». فلو باع شعيرًا في سنبله بحنطة صافية وتقابضا في المجلس جاز؛ لأن المبيع مرئيّ، والمماثلة ليست[٣] بشرط لاختلاف

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالثمر / ٢٠٧٤/ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل».
وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض / ٣٩٣٤/ .

(٢) الفَرْقُ: مكيالٌ معروفٌ بالمدينة، وهو ستَّة عشر رِطْلًا، وقد يُحرَّكُ، والجمع: «فُرْقَانٌ».
انظر: مختار الصحاح، باب الفاء، مادة «فرق»، ص/ ٢٠٩/ .

(٣) ليست في نسخة البابي الحلبي.

وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الأَرْضِ، أَوِ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ، . . . .

الجنس، أو باع زرعًا قبل ظهور الحَبّ بِحَبٍّ جاز؛ لأن الحشيش غير ربويّ، ويؤخذ من ذلك أنه إذا كان ربويًّا اعْتِيدَ أكلُهُ كالحُلْبَةِ امتنع بيعه بحَبِّهِ، وبه جزم الزركشي.

والمحاقلة مأخوذة من «الحَقْلِ» بفتح الحاء وسكون القاف جمع «حَقْلَةٍ»، وهي الساحة الطيبة التي لا بناء فيها ولا شجر، سُمّيت بذلك لتعلّقها بزرع في حقله. والمزابنة مأخوذة من «الزَّبْن» بفتح الزاي وسكون الباء، وهو الدَّفع لكثرة الغبن فيها، فيريد المغبونُ دفعه والغابنُ إمضاءه فيتدافعان.

تنبيه: فائدةُ ذِكْرِ هذين الحكمين تسميتهما بما ذكر وإلَّا فقد عُلِمَا مما مرَّ.

[حكم بيع العرايا]

(ويرخص في) بيع (العرايا) جمع «عَرِيَّةٍ»، وهي ما يُفردها مالكها للأكل؛ لأنها عريت عن حكم جميع البستان. (وهو بيع الرُّطَبِ على النخل) خَرْصًا (بتمر في الأرض) كيلًا، (أو العنب في الشجر) خرصًا (بزبيب) في الأرض كيلًا. هذا مستثنى من بيع المزابنة؛ لما في الصحيحين عن سهل بن أبي حثمة ـ بالحاء المهملة وسكون الثاء المثلثة ـ: «أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ ـ بالثاء المثلثة ـ بِالتَّمْرِ ـ بالتاء المثناة كما قاله المصنف في «شرح مسلم» ـ وَرَخَّصَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ؛ أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا، يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَبًا»[1]، وقيس به العنبُ بجامع أن كلًّا منهما زكويّ يمكن خرصه ويُدّخر يابسُهُ. وأفهم كلامه أنهما لو كانا معًا على الشجر أو على الأرض أنه لا يصحّ، وهو كذلك خلافًا لبعض المتأخرين؛ لأن الرخصة يُقتصر فيها على ما ورد، وأنه لا يَصِحُّ بيع الرُّطَبِ بالرطب، وهو كذلك كما مرَّ في باب الربا. وكالرُّطب البُسر بعد بُدُوّ صلاحه؛ لأن الحاجة إليه كالحاجة إلى الرُّطَبِ؛ ذكره الماوردي والروياني، قيل: ومثله

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة /٢٠٧٩/. ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا /١٣٨٧/ مع زيادة في المتن.

فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ جَازَ.

الحصرم، ورُدَّ: بأن الحصرم لم يَبْدُ به صلاح العنب، وبأن الخرص لا يدخله؛ لأنه لم يَتَنَاهَ كبره بخلاف البُسر فيهما.

تنبيه: محلُّ الجواز في العرايا ما لم تتعلق بالثمر زكاةٌ؛ كأن خُرِصَتْ عليه وضمن، أو قلنا: «الخرص تضمينٌ»، أو لنقصها عن النصاب، أو لكفر صاحبها.

[مقدار الرخصة في العرايا]

ومَحَلُّ الرخصة (فيما دون خمسة أوسق) تحديدًا بتقدير الجفاف بمثله؛ لما رَوَى الشيخان «أَنَّه ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا فِيمَا دُوْنَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ»[1] شَكَّ داود بن حصين أحد رواته، فأخذ الشافعي بالأقلّ في أحد قوليه، ويجوز في الخمسة في القول الآخر، ولا يجوز فيما زاد عليها قطعًا، وحيث زاد على ما دونها يبطل في الجميع على المشهور، ولا يُخَرَّجُ على تفريق الصفقة كما مَرَّتِ الإشارة إليه في فصلها؛ لأنه صار بالزيادة رِبًا فبطل جميعه.

تنبيه: ظاهر كلام المصنّف أنه يكفي في النَّقص عن الخمسة ما ينطلق عليه الاسم؛ حتى قال الماوردي: «يكفي نقص ربع مُدٍّ»، والمتّجه ـ كما قال بعض المتأخرين ـ أن ذلك لا يكفي؛ بل لا بدّ من زيادة على تفاوت ما يقع بين الكيلين، فإن رُبُعَ المُدِّ والمدّ يقع التفاوت به بين الكيلين غالبًا لا سيما في الخمسة أوسق.

والمراد بالخمسة أو ما دونها إنما هو من الجافّ وإن كان الرطب الآن أكثر، فإن تلف الرطب أو العنب فذاك، وإن جفّف وظهر تفاوت بينه وبين التمر أو الزبيب: فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضرَّ، وإن كان أكثر تبين بطلان العقد.

(ولو زاد) على ما دونها (في صفقتين) كل منهما دونها (جاز) قياسًا على الصفقة الأولى، وتتعدَّدُ الصفقة بتعدّد العقد والمشتري قطعًا، وبتعدّد البائع على الأصح، وإنما نظروا هنا إلى جانب المشتري أكثر حيث قطعوا فيه بالتعدّد دون جانب البائع

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرٌّ أو شرب في حائط أو في نخل / ٢٢٥٣/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيت الرطب بالتمر إلا في العرايا / ٣٨٩٢/ .

وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ التَّمْرِ كَيْلًا، وَالتَّخْلِيَةِ فِي النَّخْلِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ.

عكس ما قالوه في الردّ بالعيب؛ لأن الرُّطَبَ هو المقصود والتمر تابع، فلو باع رجلان مثلًا لرجلين صفقة جاز فيما دون عشرين لا فيما فوقه، وفي «الروضة»: «فيما دون عشرة»؛ قال الزركشي وغيره: «وهو سبق قلم وليس كذلك، وإنما فَرَّعَهُ على وجه ضعيف، وهو أن الصفقة لا تتعدد بتعدد البائع».

[ما يشترط في صحّة بيع العرايا]

(ويشترط) في صحة بيع العرايا (التقابض) في المجلس (بتسليم التمر) أو الزبيب إلى البائع (كيلًا، والتَّخلية في) رُطَبِ (النخل) أو عنب الكرم؛ لأنه مطعوم بمطعوم.

تنبيه: لو عبّر بقوله: «بتسليم الجاف كيلًا والتَّخلية في الرُّطَبِ والعنب» كان أَوْلَى كما يعلم مما قدَّرته.

[حكم بيع العرايا في غير التمر والعنب]

(والأظهر أنه لا يجوز) بيع مثل العرايا (في سائر الثمار) أي باقيها؛ كالخوخ والمشمش واللَّوز مما يدخر يابسه؛ لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها. والثاني: يجوز كما جاز في العنب بالقياس.

[حكم بيع العرايا للأغنياء والفقراء]

(و) الأظهر (أنه) أي بيع العرايا (لا يختص بالفقراء)؛ بل يجري في الأغنياء لإطلاق الأخبار فيه. والثاني: يختصّ بهم؛ لما رَوَى الشافعي عن زيد بن ثابت: «أَنَّ رِجَالًا مُحْتَاجِيْنَ مِنَ الأَنْصَارِ شَكَوْا إِلَى رَسُوْلِ الله ﷺ أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِي وَلَا نَقْدَ بِأَيْدِيْهِمْ يَبْتَاعُوْنَ بِهِ رُطَبًا يَأْكُلُوْنَهُ مَعَ النَّاسِ، وَعِنْدَهُمْ فَضْلُ قُوْتِهِمْ مِنَ التَّمْرِ، فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ»[1]، وأجاب الأوّل: بضعف الحديث، وبتقدير صحّته فهذه

---

(١) ذكر ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب الأصول والثمار /١٢١٧/ وقال: هذا الحديث ذكره الشافعي في «الأم» و«المختصر» بغير إسناد، وذكره البيهقي في «المعرفة» عن الشافعي معلقًا أيضًا، وقد أنكره محمد بن داود على الشافعي، وردَّ عليه ابن سريج إنكاره، ولم=

. . . .

حكمة المشروعية، ثم قد يعمُّ الحكم كما في الرَّمَلِ والاضطباع في الطواف.

تنبيه: محلّ الخلاف في اعتبار حاجة المشتري، أما حاجة البائع فلا تُعتبر قطعًا، وقال مالك: «تعتبر حاجة البائع».

خاتمة: قال الجرجاني والمتولّي: «ضابط الغنيِّ في هذا الباب: من عنده نقدٌ، فمن لا نقد عنده فقيرٌ وإن مَلَكَ أموالًا كثيرة». ولو اشترى العريَّةَ من يجوز له شراؤها ثم تركها حتى صارت تمرًا جاز، وقال أحمد: يبطل العقد؛ لأن شرط صحَّة العقد عنده أن يأخذها[1] أهلُها رُطَبًا.

* * *

= يذكر له إسنادًا، وقال ابن حزم: لم يذكر الشافعي له إسنادًا، فبطل أن يكون فيه حجة.
وقال الماوردي: لم يسنده الشافعي؛ لأنه نقله من السير.
وقال الشيخ الموفق في «الكافي» بعد أن ساق هذا الحديث: «متفقٌ عليه»، وهو وهمٌ منه.

(١) في نسخة البابي الحلبي: «يأخذها كلُّها».

١٣ـ باب اختلاف المتبايعين

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أَوْ صِفَتِهِ، أَوِ الأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ، أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا، . . . .

(باب اختلاف المتبايعين) أو من يقوم مَقَامَهُمَا في كيفيّة العقد

(إذا اتفقا) أي المتبايعان (على صحّة البيع ثم اختلفا في كيفيته؛ كقدر الثمن)، وما يدعيه البائع أكثر كما نبّه عليه الرافعي في الصداق؛ كأن يدّعي عشرةً والمشتري تسعةً، (أو صفته)؛ كأن قال البائع: «بصِحَاحٍ» والمشتري: «بمُكَسَّرَةٍ»، أو جنسه؛ كقول البائع: «بذهبٍ» والمشتري: «بفضة»، وقد صرَّح به في «المحرَّر»، (أو الأجل)؛ بأن أثبته المشتري ونفاه البائع، (أو قدره)؛ كشهر ويدّعي المشتري أكثر، أو يقول البائع: «بعتكه بشرط رهن أو كفيل» فينكر المشتري، (أو قدر المبيع)؛ كقول البائع: «بعتك صاعًا من هذه الصبرة بدرهم» فيقول المشتري: «بل صاعين»، أو اختلفا في اشتراط كون المبيع كاتبًا مثلًا، (ولا بينة) لأحدهما، أو لِكُلٍّ منهما بينة وتعارضتا؛ بأن لم يؤرّخا بتاريخين (تحالفا)؛ لخبر مسلم: «اليَمِيْنُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ»[1]، وكُلٌّ منهما مُدَّعَى عَلَيْهِ كما أنه مُدَّعٍ.

وتخصيصه البيع بالذكر جرى على الغالب؛ لأن التحالف يجري في سائر عقود المعاوضات حتى القِراض والجعالة والصُّلح عن دمٍ طردًا للمعنى.

ولا أثر لقدرة كُلٍّ من العاقدين على الفسخ في الأولين بلا تحالف، ولا لعدم رجوع كُلٍّ منهما إلى عين حقّه في الثالث.

ويؤخذ مما ذكر أن التحالف يجري في زمن الخيار، وهو المعتمد كما صرَّح به ابن يونس والنشائي والأذرعي وغيرهم، وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها من جانب الرقيق، وما استند إليه ابن المقري في قوله بعدم التحالف في

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه / ٤٤٧٠.

. . . .

زمن الخيار بإمكان الفسخ في زمنه أُجيب عنه: بأن التحالف لم يوضع للفسخ؛ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرّر العقد بيمين الصادق.

واحترز لقوله: «واتفقا على صحة البيع» عمّا إذا لم يتفقا على الصحة، أو اتفقا عليها في عقدٍ ولكن اختلفا هل ذلك العقد بيع أو هبة؟ فلا تحالُف كما سيأتي آخر الباب. والمراد بالاتفاق على الصحة وجودُهَا، ففي «الروضة» كأصلها: لو قال: «بعتُكَ بألف»، فقال: «بخمسمائة وزِقّ خمر» حلف البائع على نفي سبب الفساد ثم يتحالفان. وبقوله: «ولا بينة»؛ أي «أو تعارضت البيّنتانِ» كما مرَّ عمّا إذا أقام أحدهما بينة فإنه يعمل بها.

وشمل كلامه ما إذا كان المتبايعان مالكين أو وكيلين أو مالكًا ووكيلًا. وفي تحالف الوكيلين وجهانِ رجَّح المصنف منهما التحالف، وفائدته الفسخُ أو أن ينكل أحدهما فيحلف الآخر ويُقْضَى له. وليس لنا صورة يحلف فيها الوكيل على الأصح غيرها؛ لأنه لم يثبت لغيره بيمينه شيئًا، وإنما يرجع الحال بعد التحالف إلى الفسخ الذي أوجبه الشرع.

تنبيه: يستثنى من التحالف مسائل:

منها: ما لو تقايلا في العقد ثم اختلفا بعد الإقالة في قدر الثمن فلا تحالُف؛ بل القول قول البائع لأنه غارم.

ومنها: ما لو اختلفا في عين المبيع والثمن معًا؛ كأن يقول: «بعتُكَ هذا العبد بمائة درهم» فيقول: «بل هذه الجارية بعشرة دنانير» فلا تحالُفَ جزمًا إذ لم يتواردا على شيء مع اتفاقهما على بيع صحيح واختلفا في كيفيته؛ بل يحلف كُلٌّ منهما على نفي دعوى صاحبه على الأصل.

ومنها: ما لو اختلف وليّ محجور مع مستقلّ وكان المبيع تالفًا، وكانت القيمة التي يرجع إليها عند الفسخ بالتحالف أكثر من الشيء الذي سمّاه، فإنه لا تحالف ويؤخذ بقول البائع؛ لأنه إذا حصل الفسخ رجع الحال إلى غرم القيمة، وهي أكثر من قوله؛ كما ذكر نظير ذلك في الصداق.

فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ، وَيُبْدَأُ بِالْبَائِعِ، وَفِي قَوْلٍ بِالْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلٍ يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: يُقْرَعُ.

ولو اختلفا في عين المبيع فقط واتفقا على الثمن، أو اختلفا في قدره تحالفا إن كان الثمن معينًا، وكذا إن كان في الذِّمَّة كما اقتضى كلام الرافعي هنا ترجيحه وصحَّحه في «الشرح الصغير» خلافًا لما جرى عليه ابن المقري تبعًا للأسنوي من عدم التحالف. ولو أقام البائع بينةً أن المبيع هذا العبد، والآخر بينةً أنه الجارية ولم تؤرِّخ البيِّنتان سُلِّمَتْ للمشتري ويُقَرُّ العبد في يده إن كان قبضه، وإلَّا فيترك عند القاضي حتى يدّعيه كما جزم به ابن أبي عصرون، وقال أبو الحسن السّلمي: «إنه الصحيح»، وقيل: يجبر المشتري على قبوله. فإن أَرَّختا قضى بمُقَدَّمَةِ التاريخ، ويأتي إيضاح ذلك في محله. وإذا أخذه القاضي أنفق عليه من كسبه إن كان كسوبًا، وإلَّا باعه إن رأى المصلحة في بيعه وحفظ ثمنه، وله ذلك في الحالة الأُولى أيضًا كما قاله الشيخ أبو حامد.

وإذا وقع التَّحالف (فيحلف كُلٌّ) منهما (على نفي قول صاحبه وإثبات قوله)؛ لما مرَّ من كونه مُدَّعِيًا ومُدَّعًى عليه، فينفي ما ينكره ويثبت ما يدعيه، نعم إنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه الأول فينكر كما قاله المحاملي.

[من يُبدأ بيمينه في التحالف]

(ويُبدأ) في اليمين (بالبائع) ندبًا؛ لحصول الغرض مع تقديم المشتري أيضًا، وقيل: وجوبًا، واختاره السبكي. وإنما بُدِأَ به لأن جانبه أقوى؛ لأن المبيع يعود إليه بعد الفسخ المترتّب على التحالف، ولأن ملكه على الثمن قد تمّ بالعقد ومِلْكَ المشتري على المبيع لا يتم إلَّا بالقبض. (وفي قول:) يُبدأ (بالمشتري)؛ لأن البائع يدَّعي عليه زيادة ثمنٍ، والأصل براءة ذمته منها، ولأن المبيع في ملكه فيَقْوَى جانبه. (وفي قول: يتساويان)؛ لأن كُلًّ واحد منهما مدّعٍ ومُدَّعًى عليه فلا ترجيح، وعلى هذا (فيتخيَّر الحاكم) فيمن يبدأ به منهما، (وقيل: يقرع) بينهما؛ كما لو حضرا معًا للدعوى، فيبدأ بمن خرجت قرعته، قال الإمام: وتقديم أحد الجانبين مخصوصٌ بما إذا باع عرضًا بثمن في الذمة، أما إذا كانا معيَّنين أو في الذمة فلا يتَّجه إلَّا التسوية.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا، وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ فَيَقُولُ: «مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا».

والزوج في الصداق كالبائع فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له؛ كما قوي جانب البائع بعود المبيع إليه، ولأن أثر التحالف يظهر في الصَّداق لا في البضع وهو باذله فكان كبائعه.

[عدد الأيمان اللَّازمة عند تحالف العاقدين]

(**والصحيح أنه يكفي كُلَّ واحد**) منهما (**يمينٌ تجمع نفيًا**) لقول صاحبه (**وإثباتًا**) لقوله؛ لأن الدعوى واحدة، ومنفيُّ كُلٍّ منهما في ضمن مثبته، فجاز التعرّض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات، ولأنها أقرب لفصل الخصومة. والثاني: أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بأخرى؛ لأنه مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه. وكان التعبير بـ«المذهب» أَوْلى كما في «الروضة»؛ لأن الأول منصوصٌ مقطوع به.

وقوله: «ويكفي» فيه إشعار بجواز العدول إلى يمينين[١]، وهو الظاهر وإن أفهم كلام الماوردي خلافه.

[ما يُقَدَّم من النفي والإثبات عند الحلف]

(**ويقدم**) في اليمين (**النَّفي**) ندبًا لا وجوبًا؛ لحصول المقصود بكل منهما. (**فيقول**) البائع في قدر الثمن مثلًا: والله (**ما بعت بكذا، ولقد بعت بكذا**)، ويقول المشتري: «والله ما اشتريتُ بكذا ولقد اشتريت بكذا»، وهذه الكيفية هي المشهورة في كلام الأصحاب، وقال الصيمري: يقول البائع: «ما بعت إلَّا بكذا»، ويقول المشتري: «ما اشتريت إلَّا بكذا»؛ لأنه أسرع إلى فصل القضاء، ويلزمه الاكتفاء أيضًا بـ«إنما بعت بكذا» و«إنما اشتريت بكذا»، والصحيح أن ذلك لا يكفي؛ لأنهم إنما يكتفون في ذلك بالتصريح.

---

(١) في نسختي المقابلة: «اليمين»، والصحيح ما أثبتُّه. انظر: نهاية المحتاج، (٤/ ١٦٣)، وتحفة المحتاج، (٤/ ٤٧٨).

وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ؛ بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا، وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوِ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ. . . . .

تنبيه: يفهم من كلام المصنف أنه لا يُحتاج إلى صيغة حصرٍ، وهو كذلك وإن كانت عبارة «الروضة» في البائع: «ما بعت بكذا، وإنما بعت بكذا»، وفي المشتري: «ما اشتريت بكذا، وإنما اشتريت بكذا»؛ إذ لا حاجة إلى الحصر بعد النفي.

[الأثر المترتِّب على تحالف العاقدين]

(وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا ينفسخ) بنفس التحالف؛ لأن البينة أقوى من اليمين، ولو أقام كُلٌّ منهما بينة لم ينفسخ فبالتحالف أَوْلَى؛ (بل إن تراضيا) على ما قاله أحدهما أُقِرّ العقد، قال القاضي: ولا رجوع لمن رضي صاحبُهُ، وإن سمح أحدهما للآخر بما ادّعاه أُجبر الآخر، وإن أعرضا عن الخصومة أُعرض عنهما كما نقله الإسنوي عن القاضي، ويفهمه كلام ابن المقري في «شرح إرشاده» وإن فهم بعض المتأخرين عنه خلافه. (وإلّا) بأن استمر نزاعهما (فيفسخانه أو أحدهما)؛ لأنه فسخ؛ لاستدراك الظلامة، فأشبه الرَّدَّ بالعيب، (أو الحاكم) لقطع النزاع.

وحق الفسخ بعد التحالف ليس على الفور، فلو لم يفسخا في الحال كان لهما بعد ذلك على الأشبه في «المطلب»؛ لبقاء الضرر المحوج للفسخ. (وقيل: إنما يفسخه الحاكم)؛ لأنه فسخ مُجْتَهَدٌ فيه، فلا يفسخ أحدهما، وصحّحه جَمْعٌ.

ومقابل الصحيح أنه ينفسخ بالتحالف، ولا بُدَّ أن يكون التحالف عند حاكم، فلو تحالفا بأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسخ ولا لزوم؛ قاله الماوردي وغيره. والمُحَكَّمُ كالحاكم كما بحثه بعض المتأخرين.

وإذا فسخا انفسخ ظاهرًا وباطنًا كالإقالة، وكذا إن فسخ القاضي أو الصادق منهما؛ لتعذّر وصولهما إلى حقّهما كما في الفسخ بالإفلاس، فَلِكُلٍّ منهما التصرّف فيما عاد إليه، وإن فسخ الكاذب لم ينفسخ باطنًا لترتُّبه على أصل كاذب. وطريقُ الصادق إنشاء الفسخ إن أراد المِلْك فيما عاد إليه، وإن لم يُرِدْهُ: فإن أنشأ الفسخ أيضًا فذاك، وإلّا فقد ظفر بمال من ظلمه فيتملّكه إن كان من جنس حقّه، وإلّا فيبيعه ويستوفي حقّه من ثمنه.

ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ، وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الأَقْوَالِ، . . . .

وللمشتري وطء الجارية المبيعة حال النِّزاع وقبل التحالف على الأصحّ؛ لبقاء ملكه، وفي جوازه فيما بعده وجهان: أوجههما ـ كما قال شيخنا ـ جوازه كما اقتضاه تعليلهم ببقاء ملكه.

[ما يلزم المشتري بعد الفسخ]

(ثم) بعد الفسخ (على المشتري ردّ المبيع) إن كان باقيًا في مِلْكِهِ ولم يتعلق به حقُّ ثالثٍ بزوائده المتصلة؛ لأنها تابعة للأصل، دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله. وكذا على البائع رَدُّ الثمن. ومؤنة الردِّ على الرادّ كما يفهم من التعبير بـ«رَدَّ»؛ لأن كلَّ من كان ضامنًا للعين كانت مؤنة ردِّها عليه.

(فإن كان[(١)]) تلف شرعًا؛ كأن (وقفه أو أعتقه أو باعه، أو) تعلّق به حق لازم؛ كأن (كاتبه، أو) تلف حِسًّا؛ كأن (مات لزمه قيمته) إن كان متقوَّمًا وإن زادت على ثمنه، ومثله إن كان مِثْلِيًّا على المشهور كما في «المطلب»، خلافًا لما تفهمه عبارة المصنف من وجوب القيمة وإن صحَّحه في «الحاوي». (وهي قيمته يوم التلف) حقيقةً أو حكمًا، (في أظهر الأقوال)؛ إذ مورد الفسخ العين، والقيمةُ بدلٌ عنها فلتُعتبر عند فوات أصلها، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقلّ قيمتي العقد والقبض كما مَرَّ: بأن النظر إليها ثَمَّ لا ليغرم بل ليعرف منها الأرش، وهنا المغروم القيمة، فكان اعتبار حالة الإتلاف أَلْيَقَ؛ ذكره الرافعي. والثاني: قيمة يوم القبض؛ لأنه قيمة يوم دخوله في ضمانه، والثالث: أقل القيمتين يوم العقد ويوم القبض، والرابع: أقصى القيم من يوم القبض إلى قيمة يوم التلف؛ لأن يَدَهُ يَدُ ضمان فتعتبر أعلى القِيَمِ.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن التحالف يجري عند بقاء العوض وتلفه، واعتُرض

---

(١) ليست في نسختي المقابلة، وما أثبتُّه لفظ العلّامتين الرمليّ وابن حجرٍ الهيتميّ. انظر: نهاية المحتاج، (٤/ ١٦٥)، وتحفة المحتاج، (٤/ ٤٨٠).

وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ. وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا.

وَلَوْ قَالَ: «بِعْتُكَهُ بِكَذَا»، فَقَالَ: «بَلْ وَهَبْتَنِيهِ» فَلَا تَحَالُفَ؛ بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الآخَرِ، فَإِذَا حَلَفَا رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ.

بالرَّدِّ بالعيب فإنه لا يجري بعد التلف، وأجيب: بأن الرَّدَّ يعتمد المردود، والفسخ يعتمد العقد، وبأن الرَّدَّ يلحقه الأرش فلا ضرورة إليه بخلاف الفسخ.

(وإن تعيّب رَدَّهُ مع أرشه) وهو ما نقص من قيمته؛ لأن الكُلَّ مضمون على المشتري بالقيمة فكان بعضه مضمونًا ببعضها، ووطء الثيّب ليس بعيب فلا أرش له. وإن كان قد رهنه فإن شاء البائع أخذ القيمة أو انتظر الفكاك، فإن قيل: قد ذكروا في الصَّداق أنه لو طلّقها قبل الوطء وكان الصداق مرهونًا وقال: «أنتظر الفكاك للرجوع» فلها إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان، فالقياس هنا إجباره على أخذ القيمة، أجيب: بأن المطلقة قد حصل لها كسرٌ بالطلاق فناسب جبرها بإجابتها بخلافِ المشتري. وإن كان قد آجره رَجَعَ فيه مؤجَّرًا ولا ينتزعه من يد المكتري حتى تنقضي المُدَّةُ، والمسمَّى للمشتري وعليه للبائع أجرة المثل للمُدَّةِ الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها.

[حكم تحالف ورثة العاقدين عند التنازع]

(واختلاف ورثتهما)، أو وارث أحدهما مع الآخر (كهما) أي كاختلافهما فيما مرَّ؛ لأنها يمين في مالٍ، فقام الوارث مقام المُوَرِّثِ؛ كاليمين في دعوى المال. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الاختلاف قبل القبض أو بعده، ولا بين أن يحصل بين الورثة ابتداءً أو بين المُوَرِّثَيْنِ ثم يموتان قبل التحالف. ويحلف الوارث في الإثبات على البَتِّ، وعلى نفي العلم في النفي، ويجوز للوارث الحلف إذا غلب على ظنّه صدق مُوَرِّثِهِ.

[حكم تحالف المتعاقدين عند عدم اتّفاقهما على عقدٍ واحدٍ]

(ولو قال: «بعتكه بكذا» فقال: «بل وهبتنيه») أو «رهنتنيه» (فلا تحالف)؛ لأنهما لم يَتَّفِقَا على عقد واحد؛ (بل يحلف كُلٌّ) منهما (على نفي دعوى الآخر) كسائر الدَّعاوى.

(فإذا حلفا ردّه) لزومًا (مدّعي الهبة) أو الرهن (بزوائده) متصلةً كانت أو منفصلةً؛ لأنه لا ملك له، ولا أجرة عليه لاتفاقهما على عدم وجوبها. فإن قيل: كيف يَرُدُّ الزوائد

وَلَوِ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالآخَرُ فَسَادَهُ فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ.

المنفصلة مع اتفاقهما على حدوثها في ملك الرَّادِّ بدعواه الهبة وإقرار البائع له بالبيع، فهو كمن وافق على الإقرار بشيء وخالف في الجهة؟ أجيب: بأن دعوى الهبة لا تستلزم المِلْكَ؛ لتوقُّفها على القبض بالإذن ولم يوجد، وبأن كُلًّا منهما قد أثبت بيمينه نفي دعوى الآخر فتساقطتا، ولو سُلِّمَ عدم تساقطهما فَمُدَّعِي الهبة لم يوافق المالك على ما أقرّ له به من البيع، فلا يكون كالمسألة المشبهة بها، فالعبرة بالتوافق على نفس الإقرار لا على لازمه.

[المصدَّق من العاقدين عند اختلافهما في صحَّة البيع وفساده]

(ولو ادّعى) أحدهما (صحة البيع والآخر فساده)؛ كأن ادَّعى اشتماله على شرط فاسد[1] (فالأصح تصديق مُدَّعي الصِّحَّةِ بيمينه)؛ لأن الأصل عدم المفسد، والظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحة، والثاني: يصدُّق مُدَّعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح، وإنما رجّح الأصل الأول لاعتضاده بتشوُّف الشارع إلى انبرام العقود. واسْتُثني من ذلك مسائل:

منها: ما إذا باع ذراعًا من أرض وهما يعلمان ذرعانها، فادَّعَى أنه أراد ذراعًا معينًا مبهمًا، وادَّعَى المشتري الإشاعة، فالمصدَّقُ البائع لأنه أعرف بإرادته.

ومنها: ما إذا قال السيد: «كاتبتُكَ وأنا مجنون أو محجور عَلَيَّ» وعُرف له ذلك فإنه المصدَّق، ومثله قول الروياني فيما لو اختلفا فيما يكون وجوده شرطًا كبلوغ البائع؛ كأن باعه ثم قال: «لم أكن بالغًا حين البيع» وأنكر المشتري، واحتمل ما قاله البائع صُدِّق بيمينه؛ لأن الأصل عدم البلوغ، وأما إذا قال السيد: «كاتبتُكَ على نجم واحد»، وقال الرقيق: «بل على نجمين» فإن الرقيق هو المصدَّق كما رجحه المصنف.

ومنها: ما لو قال مشتري المغصوب: «كنتُ أظن القدرة على تسليمه، وأنا الآن لا أقدر» فهو المصدَّق كما أفتى به القفال؛ لاعتضاده بقيام الغصب.

ومنها: ما إذا اختلفا هل وقع الصُّلح على إنكارٍ أو اعترافٍ فالمصدَّقُ مدّعي وقوعه

---

(١) ليست في نسخة البابي الحلبي.

وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيَرُدَّهُ، فَقَالَ الْبَائِعُ: «لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعَ» صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ، وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الأَصَحِّ.

على إنكار؛ لأنه الغالب كما سيأتي في بابه.

ومنها: ما إذا قال المرتهن: «أَذِنْتُ في البيع بشرط رهن الثمن» وقال الراهن: «بل مطلقًا» فالمصدَّق المرتهن؛ هكذا قاله الزركشي، قال شيخنا: «وليس مِمَّا نحن فيه؛ لأن الاختلاف بعد تسليم الحكم المذكور لم يقع من العاقدين، ولا من نائبهما». ولو قال المشتري: «رأيت المبيع» وأنكر البائع، أو قال المشتري: «اشتريتُ ما لم أَرَهُ» فالمصدَّق مُدَّعِي الصحة، وكذا لو باع الثمرة قبل بدوّ الصلاح أو الزرع في الأرض ثم اختلفا هل شرط القطع أو لا، أو قالت المرأة: «وقع العقد بلا وليّ ولا شهود» وأنكر الزوج فالمصدَّقُ مُدَّعِي الصحة.

تنبيه: هذا الاختلاف قد علمتَ أنه يجري في غير البيع كالنكاح وغيره، فلو قال المصنف: «ولو ادَّعى صحة العقد» لكان أَوْلَى.

[المصدَّق من العاقدين عند اختلافهما في عين العبد المبيع ونحوه]

(ولو اشترى عبدًا) مثلًا معينًا وقبضه (فجاء بعبدٍ معيبٍ ليردَّه، فقال البائع: «ليس هذا المبيع» صُدِّقَ البائع بيمينه)؛ لأن الأصل السلامة وبقاء العقد، (وفي مثله في السَّلَم) ـ بأن يقبض المُسْلِمُ المؤدَّى عن المُسْلَمِ فيه ثم يأتي بمعيبٍ، فيقول المُسْلَمُ إليه: «ليس هذا المقبوض» ـ (يصدَّق المُسْلِمُ في الأصح) بيمينه أن هذا هو المقبوض؛ لأن الأصل بقاء شغل ذِمَّة المُسْلَمِ إليه بالمُسْلَمِ فيه. والثاني: يُصدَّق المُسْلَمُ إليه كالبيع. وفرّق الأول: بأن المدعي هنا لم يعترف بقبض ما ورد عليه العقد، والأصل بقاء شغل ذِمَّة المنكر، وهناك اعترف بقبضه ووقع الاختلاف في سبب الفسخ والأصل عدمه. وقيّدتُ العبد في كلامه بـ«المعين» احترازًا عن المبيع الموصوف في الذمّة فإنه كالمُسْلَم فيه. والثمن المعين كالمبيع المعين فيصدق المشتري في الأصح.

خاتمة: لو قبض المبيع مثلًا مكيلًا أو موزونًا ثم ادّعى نقصًا، فإن كان قدرًا يقع مثله في الكيل أو الوزن صُدّق بيمينه؛ لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر، وإلّا فلا يصدّق؛

. . . .

لمخالفته الظاهر، ولأنهما اتفقا على القبض، والقابضُ يدَّعي الخطأ فيه فعليه البينة؛ كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادَّعى الخطأ فيه تلزمه البينة. ولو باعه أو رهنه عصيرًا فوجده خمرًا أو وجد فيه فأرةً ميتةً وقال: «هكذا قبضته منك» وأنكر البائع صُدِّق البائع بيمينه إن أمكن صدقه؛ لأن الأصل[1] عدم المفسد، ولو اختلفا في القبض صُدِّق المشتري. ولو باع شخصٌ شيئًا فظهر أنه كان لابنه أو موكِّله فوقع اختلافٌ؛ كأن قال الابن: «باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعدِّيًا»، وقال الموكل: «باع وكيلي مالي متعديًا»، وقال المشتري: «لم يتعدَّ الوليّ ولا الوكيل» صُدِّق المشتري بيمينه؛ لأن كُلًّا من الأب والوكيل أمينٌ فلا يُتّهم إلَّا بحُجَّةٍ.

* * *

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الأصدق».

١٤ـ باب [في معاملة الرَّقيق]

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ، ....

(بابٌ) في معاملة الرَّقيق

ذكر الشيخ في «التنبيه» هذا الباب عقب القراض لمشاركته له في اتحاد المقصود، وهو تحصيل الربح بالإذن في التصرّف، وذكره الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه هنا، وترجم له بـ«مداينة العبيد»، وتبعه الرافعي ثم تبعهما المصنّف.

قال الإمام: «تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام: ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد؛ كالولايات والشهادات، وما ينفذ بغير إذنه؛ كالعبادات والطلاق والخلع، وما يتوقف على إذنه؛ كالبيع والإجارة، وهذا هو مقصود الباب».

[حكم شراء العبد غير المأذون له بالتجارة وما يترتَّب على قبضه المَشْرِيَّ]

وقد شرّع المصنف في بيان ذلك فقال: (العبد)، قال ابن حزم: لفظ «العبد» يشمل الأَمَةَ، فكأنه قال: «الرقيق الذي يَصِحُّ تصرّفه لنفسه لو كان حرًّا» كما قاله الماوردي. (إن لم يؤذن له في التجارة لا يصح شراؤه بغير إذن سيّده في الأصح)؛ لأنه محجور عليه لِحَقِّ سيده. والثاني: يصح؛ لتعلُّق الثمن بالذمة ولا حجر لسيده فيها، ونسب هذا الماورديُّ إلى الجمهور، وقطع بعضهم بالأول. ولو كان لرجلين عبدٌ فأذن له أحدهما في التجارة لم يصح حتى يأذن له الآخر؛ كما لو أذن له في النكاح لا يصح حتى يأذن له الآخر. (و) على الأول (يستردّه) أي المبيع (البائعُ) أي له طلب ردّه، (سواء كان في يد العبد أو) يد (سيّده)؛ لأنه لم يخرج عن ملكه، ويستردّ الثمن السَّيِّدُ إذا أدّاه الرقيق من ماله لما ذكر، ومؤنة الرَّدِّ على من في يده العين كما مرَّت الإشارة إليه في الباب السابق.

تنبيه: كان الأَوْلَى أن يقول: «سواء أكان في يد العبد أم سيّده»، فحذف الهمزة والإتيان بـ«أو» لغة قليلة.

فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ. وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ.

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الإِذْنِ، . . . .

(فإن تلف) المبيع (في يده) أي العبد (تعلّق الضمان بذمَّته)، فيُطالب به بعد العتق؛ لثبوته برضا مالكه ولم يأذن فيه السيد. والضابط فيما يتلفه العبد أو يتلف تحت يده: إن لزم بغير رضا مُسْتَحِقِّهِ ـ كإتلاف أو تلف بغصب ـ تعلق الضمان برقبته، ولا يتعلق بذمته في الأظهر، وإن لزم برضا مستحقه كما في المعاملات، فإن كان بغير إذن السيد تعلّق بذمّته يتبع به بعد عتقه سواء أَرآه السيد في يد العبد فتركه أم لا، أو بإذنه تعلّق بذمته وكسبه ومال تجارته.

(أو) تلف (في يد السيد فللبائع تضمينه) أي السَّيِّدِ؛ لوضع يده عليه، (وله) أي البائع (مطالبة العبد) أيضًا (بعد العتق)؛ لتعلّقه بذمته، لا قبله لأنه معسر. ولو قبضه السيد وتلف في يد غيره كان للبائع مطالبة السيد أيضًا.

(واقتراضُهُ) وكذا سائر عقود المعاوضات ما عدا النكاح (كشرائه) في جميع ما مَرَّ، أما النكاح فلا يصح جزمًا، وقولُ الزركشي وغيره: «قد يستثنى من ذلك ما لو باع المأذون مع ماله فإنه لا يشترط تجديد إذنٍ من المشتري على الأظهر في النهاية كما قاله ابن الرفعة؛ أي لأن علم المشتري بأن العبد مأذون له منزَّلٌ منزلة إذنه في بيع المال الذي اشتراه معه» ضعيفٌ؛ لأن بيع السيد الرقيق المأذون حجرٌ له كما سيأتي، وسكوت السيد لا يكفي كما سيأتي أيضًا.

[ما يترتَّب على إذن السَّيِّد لعبده في التجارة من أحكام]

(وإن أذن له) سيّده (في التجارة تصرَّف) بالإجماع كما نقله الرافعي؛ لأن المنع لِحَقِّ السيد وقد زال، قال: وشرط في «التنبيه» أن يكون العبد بالغًا رشيدًا، وهو معنى قول الماوردي المتقدم، ولا ينافي ذلك قول الأذرعي: لم أجده في «الحاوي» في مظانّه، وقوله: «والعقل يبعد أن لا يصح إذنه لعبده الفاسق والمبذر» ممنوعٌ؛ إذ لا يزيد بالإذن على تصرّف الحُرِّ. (بحسب الإذن)؛ لأن تصرّفه مستفاد من الإذن، فاقتصر على

فَإِنْ أَذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ، وَلَا يُؤَجِّرُ نَفْسَهُ، وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي تِجَارَةٍ، . . . .

المأذون فيه، ولا يشترط قبول الرقيق. (فإن أذن) له (في نوعٍ)؛ كالثياب، أو في وقت؛ كشهر كذا، أو في بلد (لم يتجاوزه)؛ كالوكيل وعامل القراض، قال الإسنوي: وفهم من تعبيره بـ«إنْ» الشرطية أن تعيين النوع لا يشترط؛ لأنها تستعمل فيما يجوز أن يوجد وأن لا يوجد، ولا تستعمل فيما لا بدّ منه بخلاف «إذا»، قال: «والأمر كذلك». انتهى.

ويستفيد بالإذن في التجارة كُلَّ ما يندرج تحت اسمها وما كان من لوازمها وتوابعها؛ كالنشر والطَّيِّ وحَمْلِ المتاع إلى الحانوت وردٍّ بعيب ومخاصمة في عهدة، والمراد المخاصمة الناشئة عن المعاملة، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما فلا كما صرَّح به الرافعيُّ في عامل القراض، وهذا مثله.

فإن لم يَنُصَّ على شيء تصرَّف بحسب المصلحة في كل الأنواع والأزمنة والبلدان. ولو أعطاه ألفًا وقال له: «اتَّجِرْ فيه» فله أن يشتري بعين الألف وبقدره في ذِمَّته ولا يزيد، فإن اشترى في ذمته ثم تلف الألف قبل تسليمه البائعَ لم ينفسخ عقده؛ بل للبائع الخيار إن لم يُوَفِّهِ السيد، وإن اشترى بعينه انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض. ولو قال له: «اجعله رأس مالكَ وتصرّف واتَّجِرْ» فله أن يشتريَ بأكثر من الألف. وله أن يأذنَ له في التجارة من غير إعطاء مال فيشتري بالإذن في الذمة ويبيع كالوكيل. ولا يحتاج في الإذن في الشِّراء في الذمة إلى تقييد بقدرٍ معلومٍ؛ لأنه لا يثبت في ذِمَّة السيد بخلاف الوكيل.

[ما لا يدخل تحت إذن السَّيِّد لعبده في التجارة]

(وليس له) بالإذن في التجارة **(نكاح)** لنفسه ولا لرقيق التجارة؛ لأن اسمها لا يتناوله. **(ولا يؤجر نفسه)** بغير إذن سيده؛ لأنه لا يملك التصرّف في رقبته فكذا في منفعته، فإن أذن له جاز؛ وله أن يؤجر مال التجارة ثيابها ورقيقها ودوابها. **(ولا يأذن لعبده)** أي الذي اشتراه للتجارة **(في تجارة)** بغير إذن سيّده؛ لعدم الإذن له في ذلك،

وَلَا يَتَصَدَّقُ، وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ، وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ، . . . .

فإن أذن له فيه جاز، وينعزل الثاني بعزل السيد له وإن لم ينزعه من يد الأول، وإضافة عبدِ التجارة إليه لتصرفه فيه. وهذا في التصرف العام، فإن أذن له في تصرُّفٍ خاصٍّ ـ كشراء ثوب ـ جاز كما صححه الإمام وجزم به الغزالي وابن المقري وإن كان في مقتضى كلام البغوي المنع؛ لأنه يصدر عن رأيه، ولأنَّه لا غنى له عن ذلك، وفي منعه منه تضييق عليه.

(ولا يتصدَّقُ)، ولو عبّر بـ «يتبرّع» كان أعمَّ؛ ليشمل الهبة والعارية وغيرهما؛ لأنه ليس من أهل التبرع. ولا يتخذ دَعْوَةً، وهي ـ بتثليث الدَّال كما قاله ابن مالك، وفتحها أشهر ـ الطعام المدعوّ إليه. ولا ينفق على نفسه من مال التجارة، وقول ابن الرفعة: «لو غاب السيد فالوجه الجواز للعرف المُطَّرِدِ به» محمولٌ على عدم وجدان حاكم يراجعه في ذلك. ولا يسافر بمال التجارة إلَّا بإذن السيد، ولا يبيع بدون ثمن المثل ولا نسيئةً، قال المتولّي: «وله أن يشتري بالنسيئة بلا إذن».

(ولا يعامل سَيِّدَهُ) ولا رقيقه المأذون له في التجارة ببيع وشراء وغيرهما؛ لأن تصرّفه للسيد ويَدُ رقيقِ السَّيِّدِ كالسيّد بخلاف المكاتب. ولا يتمكن من عزل نفسه بخلاف الوكيل. ولا يشتري من يعتق على سيّده، فإن أذن له صحّ الشراء وعَتَقَ إن لم يكن الرقيق مديونًا، وإلَّا ففيه التفصيل في إعتاق الراهن المرهون بين الموسر والمعسر كما جرى عليه ابن المقري تبعًا للأسنوي.

[حكم انعزال العبد المأذون بالإباق]

(ولا ينعزل بإباقه) قطعًا؛ لأنه معصيةٌ لا توجب الحجر، وله التصرّف في البلد الذي أبق إليه على الصحيح؛ إلَّا إن خصَّ السيد الإذن ببلده، فإن عاد إلى الطاعة تصرّف جزمًا. ولو أذن لأَمَتِهِ في التجارة ثم استولدها لم تنعزل لبقائها على ملكه واستحقاقه منافعها.

[حكم ثبوت الإذن بسكوت السَّيِّد على تصرُّف رقيقه]

(ولا يصير) الرقيق (مأذونًا له بسكوت سيّده على تصرّفه)؛ لأن ما الإذن فيه شرط لا يكفي فيه السكوت؛ كبيع مال غيره وهو ساكتٌ.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ.

وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ، . . . .

[حكم إقرار العبد المأذون بدين المعاملة]

(ويقبل إقراره بديون المعاملة) ولو لأصله وفرعه؛ لقدرته على الإنشاء، وهذه المسألة أعادها المصنف في باب الإقرار، والكلام عليها هناك أنسب. ولو أحاطت به الديون فأقرّ بشيء أنه استعاره قُبِلَ منه، وقيل: لا؛ ذكره شُرَيح في «روضه».

[ما يترتَّب على إزالة السَّيِّد ملكه عن العبد المأذون]

فرع: لو باع السيد العبد المأذون له أو أعتقه صار محجورًا عليه؛ لأن إذنه له استخدامٌ لا توكيل وقد خرج عن أهليته، وفي معنى ذلك ما يزيل المِلْكَ؛ كهبة ووقف، وفي كتابته وجهان: أوجههما ـ وجزم به في «الأنوار» ـ أنها حجر، وإجارته ـ كما بحثه شيخنا ـ كذلك.

وتحلّ ديونه المؤجَّلة عليه بموته كما تحلّ الديون التي على الحُرِّ بموته، وتؤدَّى من الأموال التي كانت بيده.

[ما يُعلم به إذن السَّيِّد لعبده بالتجارة]

(ومن عرف رِقَّ عبدٍ لم يعامله) أي لم تَجُزْ له معاملته حفظًا لماله؛ (حتى يعلم الإذن) له (بسماع سيّده أو بيِّنةٍ أو شيوع بين الناس)؛ لأن الأصل عدم الإذن. والمراد بـ«العلم» غلبة الظَّنِّ؛ لأن البينة والشيوع لا يفيدان إلَّا الظن. قال السبكي: «وينبغي جوازه بخبر عدل واحد لحصول الظن به وإن لم يكف عند الحاكم؛ إلحاقًا له بالشفعة، وكما يكفي سماعه من السيّد والشيوع»، وتبعه الأذرعي ثم قال: «ويكفي خبر من يَثِقُ به من عبدٍ وامرأةٍ؛ بل يظهر أنه أَوْلَى من شيوع لا يعرف أصله»، وذكر نحوه الزركشي، قال: «وهل المراد بالبينة ما يقام عند الحاكم أو إخبار عدلين له؟ الظاهر الثاني»، وهذه الأبحاث كلُّها ظاهرة؛ لأن المقصود أن يغلب على الظن إذن السيّد.

وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ.

فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَتَلِفَ فِي يَدِهِ، فَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا ....

(وفي الشيوع وجه) أنه لا يكفي؛ لأن الحجر محقَّقٌ والزوال مشكوك فيه؛ لأنه قد ينشأ من غير أصلٍ.

فإن لم يعرف رِقَّهُ ولا حُرِّيَّته جاز له معاملته؛ لأن الأصل والغالب في الناس الحُرِّيَّةُ.

(ولا يكفي قول العبد): «أنا مأذون لي» لأنه مُتَّهَمٌ، فلو عامله فبان مأذونًا له صحَّ؛ كمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا، ومثله لو عامل من أُنكرت وكالته أو من عُرف سفهه ثم تبيَّن أنه في الأُولى وكيل وفي الثانية رشيد. ولو قال المأذون له: «حَجَرَ عَلَيَّ سيدي» لم تصح معاملته وإن كذّبه سيّده؛ لأن العقد باطل بزعم العاقد فلا يُعامل بقول غيره، وتكذيب الآذن لا يستلزم الإذن له؛ كما لو قال ابتداءً: «لا أمنعُكَ من التصرف» لا يستلزم ذلك؛ لأن عدم المنع أعمّ من الإذن، نعم لو قال: «كنتُ أذنتُ له وأنا باقٍ عليه» جازت معاملته وإن أنكر الرقيق ذلك كما ذكره الزركشي، ويؤخذ منه أن مَحَلَّ منع معاملته فيما إذا كَذَّبَهُ السيد أن يكون المُعَامِلُ له سمع الإذن من غير السَّيِّد وإلَّا جازت معاملته؛ قال شيخنا: «بل ينبغي أن يقال حيث ظنّ كذب العبد: جازت معاملته، ثم إن تبيَّن خلافه بَطَلَتْ وإلَّا فلا»، وهو حسنٌ.

ولمن علمه مأذونًا له وعامله أن لا يسلّم إليه العوض حتى يقيم بيِّنةً بالإذن خوفًا من خطر إنكار السيّد، وينبغي ـ كما قال الزركشي ـ تصويرها بما إذا علم الإذن بغير البينة، وإلَّا فليس له الامتناع لزوال المحذور، والأصل دوام الإذن.

تنبيه: كان الأَوْلَى للمصنّف أن يقول: «ومن عرف رِقَّ شخص»؛ لأن العبد معلوم الرِّقِّ.

[حكم رجوع المشتري بثمن السّلعة المستحقَّةِ على العبد المأذون وسيِّده]

(فإن باع مأذونٌ له) شيئًا **(وقبض الثمن فَتَلِفَ في يده، فخرجت السِّلعة مستحقَّةً رجع المشتري ببدلها)** أي بدل ثمنها، فهو حذف مضاف فليس بسَهْوٍ كما قيل، وفي

عَلَى الْعَبْدِ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلَا.

وَلَوِ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ. وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ؛ ....

«الروضة» وأصلها و«المحرَّر» وبعض نسخ «المنهاج»: «ببدله»؛ أي الثمن، وهو أوضح. (على العبد) ولو بعد العتق؛ لأنه المباشِرُ للعقد فتتعلَّق به العهدة؛ كعامل المضاربة والوكيل فإنّ لرب الدين مطالبتهما ولو بعد العزل، سواء دفع لهما ربُّ المال الثمن أم لا، وإذا غرما رجع؛ بخلاف العبد إذا غرم بعد عتقه لا يرجع على سيّده على الأصح في «الروضة»؛ لأن ما غرمه مستحَقٌّ بالتصرف السابق على عتقه، وتَقَدُّمُ السبب كتقدُّم المُسَبَّبِ، فالمغروم بعد العتق كالمغروم قبله، وهكذا كما لو أعتق السيّد عبده الذي أَجَّرَهُ في أثناء مدَّة الإجارة لا يرجع عليه بأجرة مِثْلِهِ للمدَّة التي بعد العتق.

(وله) أي المشتري (مطالبة السيّد) به (أيضًا)؛ لأن العقد له، فكأنه البائع والقابض للثمن، (وقيل: لا) يطالبه؛ لأنه بالإذن قد أعطاه استقلالًا وقَصَرَ طمعَ الذي يعامله على ما في يده وذمته، (وقيل: إن كان في يد العبد وفاءٌ فلا) يطالبه؛ لحصول الغرض بما في يده، وإلَّا فيطالب.

(ولو اشترى) المأذون (سلعةً ففي مطالبة السَّيِّدِ بثمنها هذا الخلاف) بتعليله.

[حكم تعلُّق ديون التجارة برقبة المأذون وذِمَّة السَّيِّد]

(ولا يتعلَّق دين التجارة برقبته)؛ لأنه ثبت برضا مستحقِّهِ كالصداق، ولا بمهر الأَمَةِ المأذونة؛ لأنه بدل بُضْعِهَا، وهو لا يتعلق به الديون فكذا بدله، ولا تتعلق أيضًا بسائر أموال السيّد؛ كأولاد المأذون. (ولا بذمَّة سيّده) وإن أعتقه أو باعه؛ لأنه وجب بمعاوضة مقصودة أذن فيها السَّيِّدُ، فيكون متعلِّقًا بالكسب كالنفقة في النكاح. فإن قيل: ما ذكر مخالفٌ لقوله قَبْلَ ذلك بنحو سطرٍ: «إنَّ السيد يُطالب ببدل الثمن التالف في يد العبد، وبثمن السلعة التي اشتراها أيضًا»، وقد وقع الموضعان كذلك في «الشرح» و«المحرَّر» و«الروضة»، وقال السبكي: «سبب هذا التناقض أن المذكور أوَّلًا هو طريقة الإمام»، وقال في «البسيط»: «إنها ظاهر المذهب»، وأشار في «المطلب»

بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِالِاصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ فِي الأَصَحِّ. وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الأَظْهَرِ.

إلى تضعيفها، وثانيًا هو طريقة الأكثرين من العراقيين والخراسانيين، ونَصُّ «الأمّ» يشهد له، فجمع الرافعيُّ بينهما فلزم منه ما لزم، وتبعه الإسنوي والأذرعي على ذلك، أجيب: بأنه لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة؛ بدليل مطالبة القريب بنفقة قريبه، والموسر بنفقة المضطرّ واللقيط إذا لم يكن له مال، والمراد أنه يطالب ليؤدي مما في يد العبد لا من غيره ولو مما كسبه العبدُ بعد الحجر عليه، وصار كالوارث في التركة يُطالب بالوفاء بقدرها فقط. وفائدة مطالبة السيّد بذلك إذا لم يكن في يد العبد مال احتمالُ أنه يؤديه؛ لأن له به عُلقة في الجملة وإن لم يلزم ذمته، فإن أدّاه برئت ذمة العبد وإلَّا فلا.

(بل يؤدَّى من مال التجارة) أصلًا وربحًا؛ لاقتضاء العرف والإذن ذلك، (وكذا من كسبه) الحاصل قبل الحجر عليه (بالاصطياد ونحوه) كالاحتطاب (في الأصح)؛ لتعلّقه به كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح. والثاني: لا؛ كسائر أموال السيّد. وعلى الأول: إن بقي بعد الأداء شيءٌ من الدين يكون في ذمّة الرقيق إلى أن يعتق فيطالب به، أما كَسْبُهُ بعد الحجر فلا يتعلق به في الأصح في أصل «الروضة»؛ لانقطاع حكم التجارة بالحجر.

[حكم تَمَلُّكِ العبد بتمليك السَّيِّد أو الأجنبي]

(ولا يملك العبد بتمليك سيّده في الأظهر) الجديد؛ لأنه ليس أهلًا للمِلْكِ؛ لأنه مملوك فأشبه البهيمة. والثاني ـ وهو القديم ـ: يملك؛ لقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»(١) رواه الشيخان، دلّ إضافة المال إليه على أنه يملك، وأجاب الأوّل: بأن إضافته فيه للاختصاص لا للملك؛ إذ لو كانت للملك لنافاه جَعْلُهُ لسيّده. وعلى القول بالمِلْكِ هو مِلْكٌ ضعيف يملك السيّد انتزاعه منه،

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرٌّ أو شرب في حائط أو في نخلٍ / ٢٢٥٠/ . ومسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلًا عليها تمر / ٣٩٠٥/.

. . . .

ولا تجب فيه الزكاة، وليس للعبد التصرّف فيه إلّا بإذن السيّد.

واحترز بقوله: «بتمليك سيّده» عن الأجنبي، فإنه لا يملك بتمليكه جزمًا؛ قاله الرافعي في الوَقْفِ في الكلام على الموقوف عليه، وفي الظِّهار، وفي تكفير العبد بالصوم، وأجرى فيه الخلافَ الماورديُّ والقاضي.

والمدبَّرُ والمعلَّق عِتْقُهُ بصفة وأمُّ الولد كالقِنّ فلا يملكون شيئًا، بخلاف المبعَّض والمكاتَب، ولو ملك المبعَّضُ ببعضه الحرّ مالًا فاشترى به جاريةً ملكها ولم يحل[1] له وطؤها ولو بإذن سيّده؛ لأن بعضه مملوكٌ، والوطء يقع بجميع بدنه لا ببعضه الحُرِّ فقط، وليس للمكاتب وطء أَمَتِهِ ولو بالإذن؛ لضعف ملكه، وللخوف من هلاك الأَمَةِ بالطَّلْقِ.

[حكم قبول الرقيق الهبة والوصية بلا إذن السَّيِّد]

خاتمة: لو قَبِلَ الرقيقُ ولو سفيهًا هبةً أو وصيةً بلا إذن صحَّ وإن نهاه سيّده عن القبول؛ لأنه اكتساب لا يعقب عوضًا كالاحتطاب، ودخل ذلك في مِلْكِ السيّد قهرًا؛ نعم إن كان الموهوب أو المُوصَى به أصلًا للسيّد أو فرعًا له تجب عليه نفقته حال القبول لنحو زَمَانَةٍ أو صِغَرٍ لم يَصِحَّ القبول، ونظيره قبول الوليّ لِمَوْلِيِّهِ ذلك.

* * *

(١) في نسخة البابي الحلبي: «يجز».




كتاب السلم







١٠ - كِتَابُ السَّلَمِ

كتاب السَّلَمِ(١)

[تعريف السَّلَمِ ودليلُ مشروعيَّته]

ويُقَالُ له: «السَّلَفُ»، يقال: «أسلمَ» و«سَلَّمَ»، و«أسلفَ» و«سَلَّفَ»، و«السَّلَمُ» لغةُ أهل الحجاز، و«السَّلَفُ» لغة أهل العراق؛ قاله الماوردي، سُمِّي سَلَمًا لتسليم رأس المال في المجلس، وسَلَفًا لتقديم رأس المال(٢).

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾(٣) [البقرة: ٢٨٢] الآية، قال ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما: «نزلت في السَّلَمِ»(٤) رواه الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه، وخبر الصحيحين: «مَنْ أَسْلَفَ(٥) فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي

---

(١) لمَّا فرغ من الكلام على بيوع الأعيان شرع يتكلَّم على بيوع الذِّمم بلفظ السَّلم، وهو نوع من البيوع إلا أنَّه بلفظ خاصٍّ. وإنما أفرده بفصل؛ لأنَّه له شروطٌ زائدةٌ وتفاصيل زائدة على أنواع البيع. ولفظ «السَّلم» و«السَّلف» اسم مصدر لأسلم وأسلف، والمصدر الإسلام والإسلاف، ولفظ «السَّلم» خاصٌّ بما في الباب؛ بخلاف لفظ السَّلف فمشترك بين السَّلم والقرض.

(٢) أي والسَّلف معناه لغةً: السَّابقُ.

(٣) أي تحملتم دينًا، فالباء صلة. وفُسِّر الدَّين فيها بدين السَّلم، وهو المسلم فيه كما قرره شيخنا العشماويّ، وعبارة البيضاويِّ: أي إذا داين بعضكم بعضًا، تقول: «داينته» إذا عاملته نسيئة معطيًا أو آخذًا.

(٤) أخرجه الشافعيُّ في «الأمِّ»، (٣/ ٩٣ـ ٩٤)، قال: أخبرنا سفيان عن أيوب عن قتادة عن أبي حسَّان الأعرج عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما قال: أشهد أنَّ السَّلَفَ المضمونَ إلى أجلٍ مسمًّى قد أحَلَّهُ الله تعالى في كتابه وأذن فيه. ثم قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(٥) أي من أراد أن يسلف في مكيل فليكن معلومًا، أو إلى أجل فليكن معلومًا؛ لا أنَّه حصره في المكيل والموزون والمؤجَّل، فلا ينافي ما يأتي أنه يكون حَالًا أيضًا، ويكون فيما يعدُّ كاللَّبِنِ، وفيما يذرع كالثياب وفي الحيوانات؛ «ح ل» مع زيادة.

هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ، يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ:

أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ، . . . .

كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[1].

(هو بيع) شيء (موصوف في الذمَّة)، قال الشارح: «هذه خاصَّته المتفق عليها»؛ أي وأما لفظ السَّلم فيشترط فيه على الأصح كما سيأتي، قال الزركشي: «وليس لنا عقد يختص بصيغة إلَّا هذا والنكاح». اهـ

ويؤخذ من كون السَّلم بيعًا أنه لا يصحّ إسلامُ الكافر في الرقيق المسلم، وهو الأصح كما في «المجموع» وإن صحّح الماوردي صحَّته وتبعه السبكي، ومثل الرقيقِ المُسْلِمِ الرقيقُ المرتَدُّ كما مرَّ في باب البيع.

[شروط السَّلَمِ]

(يشترط له مع شروط البيع) ـ المتوقف صحَّته عليها غير الرؤية؛ لأن سَلَمَ الأعمى يصح كما مرَّ في باب البيع ـ ليصحّ هو أيضًا (أمورٌ) سِتَّةٌ:

[الشرط الأول: تسليم رأس المال في المجلس]

(أحدها: تسليم رأس المال) ـ وهو الثمن ـ (في المجلس) أي مجلس العقد قبل لزومه؛ لأن اللزوم كالتفرّق كما مرَّ في باب الخيار؛ إذ لو تأخّر لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذِّمَّة، ولأن في السَّلَمِ غررًا فلا يُضمّ إليه غررُ تأخير تسليم رأس المال. ولا بدَّ من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف، ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس، فلو تفرَّقا قبل قبض رأس المال أو ألزماه بطل العقد، أو قَبْلَ تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المُسْلَمِ فيه، وصحَّ في الباقي بقسطه؛ قالا: «كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض»، فيؤخذ منه ثبوت الخيار، وبه صرَّح في «الأنوار» وإن جزم السبكي بخلافه. ولو قال المُسْلِمُ:

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب السلم، باب السلم في وزنٍ معلومٍ / ٢١٢٥/. ومسلم، كتاب المساقاة، باب السلم / ٤١١٩/، / ٤١٢١/.

فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ، وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا، ....

«أقبضتك بعد التفرّق» وقال المُسْلَمُ إليه: «قبله» ولا بينة صُدِّق مدَّعي الصحة كما عُلم مما مرَّ، وإن أقاما بيِّنتينِ قُدِّمت بينة المُسْلَمِ إليه؛ لأنها مع موافقتها الظاهرَ ناقلة، والأخرى مستصحبة. ولا يكفي قبض المُسْلَمِ فيه الحَالِّ في المجلس عن قبض رأس المال؛ لأن تسليمه فيه تبرّع، وأحكام البيع لا تُبنى على التبرّعات.

تنبيه: أفهم كلام المصنّف أنه لو قال: «أسلمتُ إليك المائة التي في ذِمَّتك ـ مثلًا ـ في كذا» أنه لا يصح السَّلَمُ، وهو كذلك.

(فلو أطلق[١]) كـ«أسلمتُ إليك دينارًا في ذمتي في كذا» (ثم عيّن) الدينار (وسلَّم في المجلس) قبل التخاير (جاز) ذلك؛ لأن المجلس حريم العقد[٢] فله حكمه، فإن تفرّقا أو تخايرا قبله بطل العقد. (ولو أحال) المُسْلِمُ المُسْلَمَ إليه (به) أي رأس المال (وقبضه المُحَالُ) وهو المُسْلَمُ إليه (في المجلس فلا) يجوز ذلك، سواء أذن في قبضه المحيل أم لا؛ لأن بالحوالة يتحول الحقُّ إلى ذمة المحال عليه، فهو يؤدّيه عن جهة نفسه لا عن جهة المُسْلِمِ، نعم إن قبضه المُسْلِمُ من المحال عليه أو من المُسْلَمِ إليه بعد قبضه بإذنه وسَلَّمَ إليه في المجلس صحَّ، وإن أمره المُسْلِمُ بالتسليم إليه ففعل لم يَكْفِ لصحة السَّلَمِ؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلًا لغيره؛ لكن يصير المُسْلَمُ إليه وكيلًا للمُسْلِمِ في قبضه ذلك، ثم السَّلَمُ يقتضي قبضًا آخر، ولا يصح قبضه من نفسه. وإن جرت الحوالة من المُسْلَمِ إليه على رأس المال وتفرّقا قبل التسليم بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضًا؛ لأن المعتبر هنا القبض الحقيقي، ولهذا لا يكفي عنه الإبراء، نعم

---

(١) أي رأس المال؛ أي لم يُعيَّن في العقد، فالمراد بالإطلاق عدم التعيين، وإلَّا فهو مقيَّدٌ بما في الذمَّة. وهذا تفريع على قوله: «تسليم رأس المال»، وفيه إشارة إلى أنَّ المدار عليه لا على التعيين في العقد.

(٢) أي فله حكمه، وكذا يجوز فيه إلحاق الأجل وإسقاطه كما تقدَّم عن «سم»، وفي «القاموس»: حريم الدار حقوقها. انتهى، فيكون المعنى: «حريم العقد»؛ أي حقّه، وسمِّي بذلك لأنَّه يحرم على غير مالكه أن يستقلَّ بالانتفاع به.

وَلَوْ قَبَضَهُ وَأَوْدَعَهُ الْمُسْلِمَ جَازَ، ....

إن أمر المُسْلَمُ إليه المُسْلِمَ بالتسليم إلى المحتال ففعل في المجلس صحَّ القبض، وكان المحتال وكيلًا فيه عن المُسْلَمِ إليه، فيصحّ العقد على خلاف ما مرَّ في إحالة المُسْلِمِ، والفرقُ ما وجهوا به ذلك: من أن القبض فيه يُقبض عن غير جهة السَّلَمِ بخلافه هنا، والحوالة في المسألتين بكلٍّ تقدير فاسدة لتوقف صحتها على صحة الاعتياض عن المحال به وعليه، وهي منتفيةٌ في رأس مال السَّلَمِ، ولأن صحتها تستلزم صحة السَّلَمِ بغير قبض حقيقي.

تنبيه: قوله: «وقبضه المُحَالُ» ليس شرطًا بل غاية، فلو لم يقبضه فَأَوْلى بالبطلان، فلو قال: «وإن قبض» كان أَوْلى.

ولو صالح عن رأس المال لم يَصِحَّ لعدم قبض رأس المال في المجلس. ولو كان رأس المال رقيقًا فأعتقه المُسْلَمُ إليه قبل القبض لم يكن قبضًا، ثم إن تفرقا بعد القبض بان صحة العقد لوجود الشرط، ونفذ العتق على المعتمد كما جزم به الشيخ عبد الغفار القزويني، وهو أحد وجهين في «الروضة» صحّحه أبو عبدالله الحجازي في «مختصرها»، وإن تفرقا قبله بطل العقد، ولو كان الرقيق يعتق على المُسْلَمِ إليه فقياس ما ذكر الصحة إن قبضه قبل التفرّق وإلّا فلا.

(ولو قبضه) المُسْلَمُ إليه في المجلس (وأودعه المُسْلِمَ) قبل التفرّق (جاز[١])؛ لأن الوديعة لا تستدعي[٢] لزوم المِلْكِ[٣]، وكذا يجوز لو رَدَّهُ إليه عن دينه كما اقتضاه كلام أصل «الروضة» في باب الربا، وصحّحه في «المهمات» هنا كالبغوي، خلافًا لما نقلاه

(١) أي ولا يقال: إنَّ رجوعه ليد المسلم على جهة الوديعة يبطل القبض السابق؛ لأنَّ التفرّق حصل وهو في يد المسلم وديعة، فربَّما يقال: إنَّ هذا كعدم القبض بالكليّة.

(٢) قضيّته أن التصرف الذي يستدعي لزوم الملك لا يصحُّ من أحد المتعاقدين مع الآخر، وليس كذلك كما يدلُّ له قوله: «وكذا يجوز رَدُّه له عن دينه»؛ إذ محلُّ التفصيل إذا كان التصرُّف لأحد العاقدين مع أجنبيّ لا مع صاحبه، فلا يصحّ تصرّف أحدهما مع أجنبيّ قبل لزوم العقد بتصرُّفٍ يستدعي لزوم الملك؛ كالبيع والإقراض.

(٣) كأنَّ المعنى: لا تتوقّف على لزوم الملك؛ بل تصحّ قبل لزومه؛ «شوبري».

وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً، وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ.

وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ، وَقِيلَ: لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عُيِّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ.

عن الروياني هنا وأقرّاه؛ لأن تصرّف أحد العاقدين في مُدَّةِ خيار الآخر إنما يمتنع إذا كان مع غير الآخر؛ لأن صحته تقتضي إسقاط ما ثبت له من الخيار، أما معه فيصح، ويكون ذلك إجازة منهما.

[حكم كون رأس مال السَّلَمِ منفعة معلومة]

(ويجوز كونه) أي رأس المال (منفعةً) معلومةً؛ كما يجوز جعلها ثمنًا أو أجرة وصداقًا[١]، (وتقبض بقبض العين)؛ لأنه لما تعذر القبض الحقيقي اكتُفي بهذا؛ لأنه الممكن في قبض المنفعة؛ لأنها تابعة لها. ومن هذا يؤخذ أنه لو جعل رأس المال عقارًا غائبًا ومضى في المجلس زمنٌ يمكن فيه المضيُّ إليه والتخلية صحَّ؛ لأن القبض فيه بذلك، وهو كذلك. وقضية كلامه أنه لو كانت المنفعة متعلِّقة ببدنه ـ كتعليم سورةٍ، وخدمة شهرٍ ـ صحَّ، وبه صرَّح الروياني ولم يطّلع عليه الإسنوي فبحثه؛ لكن استثنى منه ما لو سَلَّمَ نفسه ثم أخرجها من التسليم؛ لأن الحُرَّ لا يدخل تحت اليد، قال شيخنا: «وما استثناه مردودٌ؛ إذ لا يمكنه إخراج نفسه كما في الإجارة».

[حكم استرداد رأس المال عند فسخ السَّلَمِ]

(وإذا فسخ السَّلَمُ) بسبب يقتضيه ـ كانقطاع المُسْلَمِ فيه عند حلوله ـ (ورأس المال باقٍ) لم يتعلق به حق ثالث (استردَّه بعينه)، وليس للمُسْلَمِ إليه إبداله سواء وَرَدَ العقد عليه أم على الذمة ثم عُيِّنَ في المجلس، (وقيل: للمُسْلَمِ إليه ردّ بدله إن عُيِّنَ في المجلس دون العقد)؛ لأن العقد لم يتناول عينه، وأجاب الأوّل: بأن المعين في المجلس بمثابة المعين في العقد. أما إذا كان تالفًا فإنه يستردّ بدله من مثلٍ أو قيمةٍ.

ولو أسلم دراهم أو دنانير في الذمة حُمِلَ على غالب نقد البلد، فإن لم يكن غالبٌ

---

(١) كـ«أسلمتُ إليك منفعة داري سنةً في كذا»، ويشترط تسليمها ـ أي الدار ـ في المجلس.

وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الأَظْهَرِ.

الثَّانِي: كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا، فَلَوْ قَالَ: «أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ» فَلَيْسَ بِسَلَمٍ، وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الأَظْهَرِ، وَلَوْ قَالَ: «اشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ»، فَقَالَ: «بِعْتُكَ» انْعَقَدَ بَيْعًا، . . . .

بيَّن النقد المراد وإلَّا لم يصح؛ كالثمن في المبيع، أو أسلم عَرَضًا في الذمة وجب ذكر قدره وصفته.

[ما تتحقَّق به معرفة رأس مال السَّلَم]

(ورؤية رأس المال) المثليّ (تكفي عن معرفة قدره في الأظهر)؛ كالثمن والمبيع المعين، فإن اتفق فسخٌ وتنازعا في القَدْرِ، فالقول قول المُسْلَمِ إليه لأنه غارم. والثاني: لا يكفي؛ بل لا بدّ من معرفة قدره بالكيل في المكيل أو الوزن في الموزون، وقول الشارح: «والذرع في المذروع» مرجوحٌ فإنه ليس بمثلي؛ لأنه قد يتلف وينفسخ السَّلَمُ فلا يُدرى بم يُرجع، واعترض بإتيان مثل ذلك في الثمن والمبيع.

أما رأس المال المتقوِّم فتكفي رؤيته عن معرفة قيمته قطعًا، وقيل: فيه القولان، ومحلُّ الخلاف إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة، ولا فرق في جريان الخلاف بين السَّلَمِ الحَالِّ والمؤجَّل.

[الشرط الثاني: أن يكون المُسْلَمُ فيه دينًا]

(الثاني) من الأمور المشروطة: (كون المُسْلَم فيه دينًا)؛ لأن لفظ السَّلَمِ موضوع له. فإن قيل: الدَّيْنِيَّةُ داخلةٌ في حقيقة السَّلَمِ فكيف يصح جعلها شرطًا؛ لأن الشرط خارج عن المشروط؟ أجيب: بأن الفقهاء قد يريدون بالشرط ما لا بدَّ منه، فيتناول حينئذ جزء الشيء. (فلو قال: «أسلمتُ إليك هذا الثوب في هذا العبد») فَقَبِلَ (فليس بسَلَمٍ) قطعًا؛ لانتفاء الدَّيْنِيَّةِ، (ولا ينعقد بيعًا في الأظهر)؛ لاختلاف اللفظ، فإنّ اسم السَّلَمِ يقتضي الدينيَّة، والدَّيْنِيَّةُ مع التعيين يتناقضان. والثاني: ينعقد بيعًا نظرًا للمعنى. (ولو قال: «اشتريت منك ثوبًا صفته كذا بهذه الدراهم» فقال: «بعتُكَ» انعقد بيعًا) اعتبارًا باللفظ، وهذا هو الأصح في أصل «الروضة» وصحَّحه البغوي وغيره، ولم

وَقِيلَ: سَلَمًا.

الثَّالِثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَوْ يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ، وَإِلَّا فَلَا.

يصرّح في الشَّرحين هنا بترجيح، (وقيل: سَلَمًا) اعتبارًا بالمعنى، واللفظ لا يعارضه؛ لأن كُلَّ سَلَمٍ بيعٌ؛ كما أن كُلَّ صرفٍ بيعٌ، فإطلاق البيع على السَّلَمِ إطلاق له على ما يتناوله، وهذا ما رجّحه العراقيون، ونقله الشيخ أبو حامد عن النَّصِّ، وجرى عليه الشَّيخ في «التنبيه»، ونبّهت عليه في «شرحه» بأنه وَجْهٌ صحّحه ابن الصَّبَّاغ، وقال الإسنوي: «الفتوى عليه». ومحل الخلاف إذا لم يذكر بعده لفظ السَّلَمِ، فلو قال: «بعتك سَلَمًا» أو «اشتريته سَلَمًا» فَسَلَمٌ كما جزم به الشيخان في تفريق الصفقة.

تنبيه: تقييد المصنف المسألة بالدراهم المعينة ليس بشرط؛ بل لو كانت في الذمة كانت على الخلاف المتقدِّم أيضًا.

[الشرط الثالث: بيان مَحَلِّ التسليم عند عدم صلاحية موضع العقد له]

(الثالث) من الأمور المشروطة: ما تضمنه قوله: (المذهب أنه إذا أسلم بموضعٍ لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولحمله) أي المُسْلَمِ فيه (مؤنة اشترط بيان مَحَلِّ) ـ بفتح الحاء ـ أي مكان (التسليم) للمُسْلَمِ فيه؛ لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك، (وإلَّا) بأن صَلُحَ للتسليم ولم يكن لحمله مؤنة (فلا) يشترط ما ذكر، ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف. ويكفي في تعيينه أن يقول: «تُسَلِّمُ لي في بلدة كذا»؛ إلَّا أن تكون كبيرةً كبغداد والبصرة، ويكفي إحضاره في أوَّلها، ولا يكلف إحضاره إلى منزله. ولو قال: «في أيِّ البلاد شئتَ» فسد، أو «في أي مكان شئت من بلد كذا»: فإن اتسع لم يجز وإلَّا جاز، أو «ببلد كذا وبلد كذا» فهل يفسد أو يَصِحُّ ويُنَزَّلُ على تسليم النصف بكل بلد؟ وجهان: أصحهما ـ كما قال الشاشي ـ الأول. قال في «المطلب»: «والفرق بين تسليمه في بلد كذا وتسليمه في شهر كذا: حيث لا يصح اختلاف الغرض في الزمان دون المكان». ومقابل المذهب سِتَّةُ طرقٍ ذكرها الرافعي، فلينظرها في «شرحه» من أراد. ومتى شرطنا التعيين فَتَرَكَهُ بطل، وحيث لم نشرطه فذكره تعيَّن، فلو

وَيَصِحُّ حَالًّا وَمُؤَجَّلًا، . . . .

عيّن مكانًا فخرِب ــ بكسر الراء ــ وخرج عن صلاحية التسليم تعيَّن أقرب موضع صالح له إليه على الأقيس في «الروضة» من ثلاثة أوجه. وما ذكره في السَّلم المؤجّل، أما الحالُّ فيتعين فيه موضع العقد للتسليم؛ نعم إن كان غير صالح للتسليم اشترط البيان كما قاله ابن الرفعة، فإن عَيَّنا غيره تعيّن، بخلاف المبيع المعين؛ لأن السَّلَمَ يقبل التأجيل فقبل شرطًا يتضمن تأخير التَّسليم بخلاف البيع. والمراد بموضع العقد تلك المحلّة لا نفس موضع العقد. والثمنُ في الذمة كالمُسْلَمِ فيه، والثمن المعين كالمبيع المعين، وفي «زيادة الروضة»: قال في «التتمة»: كُلُّ عوض ملتزم في الذمة ـ أي غير مؤجّل ـ من نحو أجرة وصداق وعوض خلع له حُكْمُ السَّلَمِ الحَالِّ إن عُيِّنَ لتسليمه مكانٌ تعيَّن، وإلَّا تعيَّن موضع العقد؛ لأن كُلَّ عوض ملتزم في الذمة يقبل التأجيل كالمُسْلَمِ فيه، فيقبل شرطًا يتضمن تأخير التسليم كما مرَّ.

[حكم السَّلَمِ الحالِّ والمؤجَّل]

(ويصح) السَّلَمُ (حالًّا[١] ومؤجَّلًا)؛ بأن يصرّح بهما، أما المؤجّل فبالنَّصّ والإجماع، وأما الحالُّ فبالأَوْلَى لبُعْدِهِ عن الغرر، فإن قيل: الكتابة لا تصح بالحالِّ وتصح بالمؤجّل، أجيب: بأن الأجل فيها إنما وجب لعدم قدرة الرقيق، والحلولُ ينافي ذلك. فإن قيل: قال رسول الله ﷺ: «إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[٢]، أجيب: بأن المراد العلم بالأجل لا الأجل كما في الكيل والوزن بدليل الجواز بالذرع. وإنما يصح حالًّا إذا كان المُسْلَمُ فيه موجودًا عند العقد، وإلَّا اشترط فيه الأجل كالكتابة، وليس لنا عقد يشترط فيه الأجل غيرهما. فإن قيل: ما فائدة العدول من البيع إلى السَّلَمِ الحالِّ؟ أجيب: بأن فائدته جواز العقد مع غيبة المبيع، فإن المبيع قد لا يكون حاضرًا مرئيًّا فلا يصح بيعه،

---

(١) خلافًا للأئمَّة الثلاثة. وهو و«مؤجَّلًا» حالان على الإسناد المجازيّ، والأصل: حَالًّا المسلم فيه، ومؤجَّلًا المسلم فيه. قال «سم»: ولو ألحقا به أجلًا في المجلس لَحِقَ، أو ذكرا أجلًا ثمَّ أسقطاه في المجلس صحَّ.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب السلم، باب السلم في وزنٍ معلومٍ /٢١٢٥/. ومسلم، كتاب المساقاة، باب السلم /٤١١٩/، /٤١٢١/.

فَإِنْ أَطْلَقَ انْعَقَدَ حَالًّا، وَقِيلَ: لَا يَنْعَقِدُ.

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالأَجَلِ، فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَوِ الْفُرْسِ أَوِ الرُّومِ جَازَ، . . . .

وإن أخّره لإحضاره ربّما فات على المشتري، والأمنُ من الانفساخ إذ هو متعلق بالذمة.

(فإن أطلق) عن الحلول والتأجيل وكان المُسْلَمُ فيه موجودًا (انعقد حالًّا)؛ كالثمن في البيع المطلق والأجرة، فإن لم يكن المُسْلَمُ فيه موجودًا لم يَصِحَّ. (وقيل: لا ينعقد)؛ لأن المعتاد في السَّلَمِ التأجيل فَحُمِلَ المطلق عليه، فيكون كما لو ذكر أجلًا مجهولًا. وعلى الأول لو ألحقا به أجلًا في المجلس لَحِقَ على الأصح؛ كما يجوز تعيين رأس المال فيه، ولو صرَّحا بالأجل في العقد ثم أسقطاه في المجلس سقط وصار العقد حالًّا، ولو حذفا فيه المُفْسِدَ لم ينقلب العقد الفاسد صحيحًا.

[حكم كون الأجل في السَّلَمِ المؤجَّل معلومًا، وما يتعلَّق بذلك]

(ويشترط) في المؤجّل (العلم بالأجل)؛ بأن يكون معلومًا[1] مضبوطًا، فلا يجوز بما يختلف؛ كالحصاد وقدوم الحَاجِّ والميسرة؛ للحديث المَارِّ[2] أول الباب، ولا يصح التأقيت بالشتاء والصيف والعطاء إلَّا أن يريد العاقدان وقتها المعين فيصحّ. (فإن عَيَّنَ) العاقدان (شهور العرب[3] أو الفرس أو الرُّوم جاز)؛ لأنها معلومة مضبوطة.

---

(١) أي لهما أو لعدلين غيرهما كما في متن «المنهج»؛ أي ليرجع إليهما عند التنازع، فإن قلت: لِمَ اكْتُفِي هنا بمعرفة العاقدين أو عدلين ولم يُكْتَفَ بذلك في صفات المسلم فيه؛ بل لا بدَّ من معرفتها للعاقدين وعدلين كما في «المنهج»؟ قلت: أجاب في «شرح المنهج»: بأنَّ الجهالة هنا راجعة إلى الأجل، وهناك إلى المعقود عليه، فجاز أن يحتمل هنا ما لا يحتمل هناك. وليس المراد هنا وثَمَّ عدلين معيَّنين؛ إذ لو كان كذلك لم يجز لاحتمال أن يموتا أو أحدهما، أو يغيبا في وقت المحلّ فيتعذّر معرفتها؛ أي الصفات والأجل؛ بل المراد أن يوجد أبدًا في الغالب ممن يعرفها عدلان أو أكثر في محلِّ التسليم فما فوقه إلى مسافة العدوى؛ لأنَّ من تعيَّن عليه أداء الشهادة لا يجب عليه الإجابة إلا من المحلِّ المذكور؛ «شرح المنهج والحلبي». وقوله: «لهما ولعدلين» فلا يكفي دون الأربعة، والمراد أن يوجد أبدًا عدلان يعرفانها، وأفهم كلامهم أنَّه لا يشترط في صحَّة العقد حضورهما؛ خلافًا لمن توهَّمه. انتهى «م د» على «التحرير».

انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في السَّلم، (٣/ ٧٥ـ٧٦).

(٢) انظر الحديث السابق الذي أخرجه الشيخان رحمهما الله تعالى.

(٣) وهي الهلاليَّة؛ شهر منها ثلاثون يومًا، وشهر تسع وعشرون؛ إلَّا ذا الحجَّة فإنَّه تسع وعشرون =

وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ، فَإِنِ انْكَسَرَ شَهْرٌ حُسِبَ الْبَاقِي بِالأَهِلَّةِ، وَتُمِّمَ الأَوَّلُ ثَلَاثِينَ. . . . .

ويصحَ التأقيت بالنَّيروز ـ وهو نزول الشمس برج الميزان ـ وبالمِهْرجان ـ وهو بكسر الميم: وقت نزولها برج الحمل ـ وبعيد الكفار؛ كفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ولو عَدْلَيْنِ منهم، أو المتعاقدان؛ بخلاف ما إذا اختصّ الكفَّار بمعرفتها؛ إذ لا يُعتمد قولهم، نعم إن كانوا عددًا كثيرًا يمتنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصَّبَّاغ؛ لحصول العلم بقولهم. فإن قيل: لِمَ اكتفى هنا بمعرفة العاقدين الأجلَ أو معرفة عدلين ولم يَكْتَفِ بذلك في صفات المُسْلَمِ فيه كما سيأتي؟ أجيب: بأن الجهالة هنا راجعة إلى الأجل، وهناك راجعة إلى المعقود عليه، فجاز أن يُحْتَمَلَ هنا ما لا يحتمل هناك.

(وإن أطلق) الشهر[1] (حمل على الهلاليِّ)، وهو ما بين الهلالين؛ لأنه عُرف الشرع، وذلك بأن يقع العقد أوَّلَ الشهر، (فإن انكسر شهرٌ) ـ بأن وقع العقد في أثنائه، والتأجيل بأشهرٍ ـ (حُسب الباقي) بعد الأوَّل المنكسر[2] (بالأهلة وتمّم الأول ثلاثين) مما بعدها؛ لأنه لما تعذر الهلاليُّ في المنكسر رجعنا إلى العدد، ولا يكفي المنكسر؛

= وخُمس وسُدس، فالسَّنة العربية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا وخُمس وسُدس يوم؛ ذكره صاحب «المهذب»، وتوقف «مجلي» فيه وقال: لم يَبِنْ لي وجه زيادة الخُمس والسُّدس. وصحَّح «الجيليّ» أنَّ الهلالية ثلاثمائة وخمسة وخمسون يومًا، والسَّنة الشمسيّة ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا أوَّلها الحمل، وربَّما يجعل أوَّلها النيروز، والهلالية أوَّلها المحرَّمُ «دميريّ». قال شيخ الإسلام في «شرح الروض»: وقرَّر الفرغانيُّ زيادة الكسرين بأنَّه يزيد في كلِّ ثلاثين سنة أحد عشر يومًا، فإذا قسِّطت على السِّنين خصَّ كلُّ سنة خُمس وسُدس يوم، قال: وهذا إنَّما يحصل باجتماع الشمس والقمر، أمَّا برؤية الهلال فلا زيادة؛ نقله عنه القاضي مجلي، ثمَّ قال: «وهو مناقض لقول المهذَّب في الهلالية». انتهى، وقد يقال على بُعْدٍ: لا مناقضة؛ لاحتمال أنَّ الهلالية تزيد من حيث الاجتماع المذكور لا من حيث رؤية الهلال. انتهى.

انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في السَّلم، (٣/ ٧٦).

(١) بأن قال: «تُحضره بعد شهر».

(٢) ولا يلغى المنكسر؛ لئلَّا يتأخَّر ابتداء الأجل عن العقد.

وَالأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الأَوَّلِ.

لئلّا يتأخّر ابتداء الأجل عن العقد، نعم لو وقع العقد في اليوم الأخير من الشهر اكْتُفي بالأشهر بعده بالأهلّة تامّة كانت أو ناقصة، ولا يكمل اليوم مما بعدها إن نقص آخرها كما هو قضية كلام المصنف؛ لأنها مضت عربيّةً كوامل. والسَّنَةُ المطلقة تحمل على الهلالية دون غيرها؛ لأنها عُرْفُ الشرع؛ قال تعالىٰ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]، فإن عقد في آخر يوم من الشهر ـ وفي معناه ليلته ـ فَكُلُّ السَّنَةِ هلالية إن نقص الشهر الأخير، وإن كمل انكسر اليوم الأخير الذي عقدا فيه، فيُكمل منه المنكسرُ ثلاثين يومًا؛ لتعذّر اعتبار الهلال فيه دون البقية، وإن عقدا بعد لحظةٍ من المُحَرَّمِ وأجّلا بِسَنَةٍ مثلًا فهو منكسر وحده، فيكمل من السَّنَةِ الثانية. وإن أجّلا بسَنَةٍ شمسيَّةٍ ـ وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم إلّا جزءًا من ثلاثمائة جزء من يوم، أوّلُها الحمل ورُبّما جعل النيروز ـ أو روميَّةٍ ـ وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم ـ أو فارسيَّةٍ ـ وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا؛ كُلُّ شهر ثلاثون يومًا، ويُزاد في الآخر خمسة ـ صحَّ لأنها معلومة مضبوطة. ولو قالا: «إلى يوم كذا» أو «شهرِ كذا» أو «سَنَةِ كذا» حَلَّ بأوّل جزء منه، ولو قالا: «في يوم كذا» أو «شهرِ كذا» أو «سَنَةِ كذا» لم يصح على الأصح، أو قالا: «إلى أوّل شهر كذا أو آخره» صحَّ وحُمل على الجزء الأول كما قاله البغوي وغيره.

(**والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى**) وربيع ونفر الحَجِّ، (**ويحمل على الأوّل**) من ذلك؛ لتحقق الاسم به. والثاني: لا؛ بل يفسد لتردُّده بين الأول والثاني. ولو قال بعد عيد الفطر: «إلى العيد» حمل على الأضحى؛ لأنه الذي يلي العقد؛ قاله ابن الرفعة.

* * *

١ـ فصلٌ [في بقيّة شروط السَّلَم]

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنِ اعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا.

فصلٌ [في بقيّة شروط السَّلَم]

[اشتراط القدرة على تسليم المسلَم فيه]

(يشترط كون المُسلَمِ فيه مقدورًا على تسليمه[1] عند وجوب التَّسليم[2])؛ لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السَّلَمُ فيه. فإن قيل: هذا من شروط البيع المذكورة قَبْلُ فلا حاجة لذكره، أجيب: بأنه ذَكَرَهُ ليرتِّب عليه الفروع الآتية، ولأن المقصود بيان محلِّ القدرة، وهو حالة وجوب التسليم، وهي تارة تقترن بالعقد لكون السَّلَمِ حالًّا، وتارة تتأخر عنه لكونه مؤجَّلًا كما مرَّ؛ بخلاف المبيع المعين فإن المعتبر اقتران القدرة فيه بالعقد مطلقًا، فإذا أسلم في منقطع عند الحلول ـ كالرُّطَبِ في الشتاء ـ لم يصح، وكذا لو ظنّ تحصيله بمشقَّةٍ عظيمةٍ؛ كقدر كثير من الباكورة، وهي أوَّل الفاكهة.

(فإن كان يوجد ببلد آخر صَحَّ) السَّلَمُ فيه (إن اعتيد نقله) غالبًا منه (للبيع) ونحوه من المعاملات وإن بَعُدَتِ المسافة للقدرة عليه. (وإلَّا) بأن لم يُعْتَدْ نقله لنحو البيع منه غالبًا؛ بأن نقل له نادرًا، أو لم ينقل منه أصلًا[3]، أو ينقل[4] منه لغير المعاملة كالهدية (فلا) يَصِحُّ السَّلَمُ فيه لعدم القدرة عليه. فإن قيل: سيأتي أن المُسْلَمَ فيه إذا انقطع إن وجد فيما دون مسافة القصر وجب تحصيله وإلَّا فلا، ولم يعتبروا هنا قرب المسافة، أجيب: بأنه لا مُؤْنَةَ لنقله هنا على المُسْلَمِ إليه، فحيث اعتيد نقله غالبًا للمعاملة من

---

(١) أي سواء كان السَّلم حالًّا أو مؤجَّلًا.

(٢) وذلك بالعقد في الحالّ، وبحلول الأجل في المؤجَّل، وهذا وإن علم من شروط البيع والكلام هنا في الزائد إلَّا أنَّه لما اختلف وقت القدرة هنا عدَّه زائدًا، والأَوْلَى أن يقال: الشرط في البيع القدرة على التسلُّم من المشتري، والشرط هنا القدرة على التسليم من البائع الذي هو المسلمُ إليه.

(٣) قوله: «أو لم ينقل منه أصلًا» ليس في نسخة البابي الحلبي.

(٤) في نسخة البابي الحلبي: «لم ينقل».

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الأَظْهَرِ، فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ. وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الأَصَحِّ.

مَحَلٍّ إلى مَحَلِّ التسليم صحَّ وإن تباعدا، بخلافها فيما يأتي فإنها لازمة له، فاعتبر قُرْبُ المسافة لِخِفَّةِ المؤنة عليه. واعتبار محل التسليم فيما ذُكر أَوْلى من اعتبار محلّ العقد كما قاله شيخنا.

[حكم انفساخ السَّلَم حال انقطاع المُسْلَم فيه وقت حلوله]

(ولو أسلم فيما يَعُمُّ) وجوده (فانقطع في مَحِلِّهِ) ـ بكسر الحاء ـ أي وقت حلوله (لم ينفسخ في الأظهر)؛ لأن المُسْلَمَ فيه يتعلق بالذمة فأشبه إفلاس المشتري بالثمن. والثاني: ينفسخ؛ كما لو تلف المبيع قبل القبض، وأجاب الأول بما تقدم. والمراد بانقطاعه أن لا يوجد أصلًا، أو يوجد ببلد بعيدٍ، وهو مسافة القصر، أو ببلد آخر ولو نقل لَفَسَدَ، أو لم يوجد إلَّا عند قوم لا يبيعونه، أو يبيعون بأكثر من ثمن مثله؛ بخلاف ما إذا غلا سعره فإنه يحصله، وهذا هو مراد المصنف في «الروضة» بقوله: «ويجب تحصيله وإن غلا سعره»، لا أنَّ المراد أنه يباع بأكثر من ثمن مثله؛ لأن الشارع جعل الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم كما في الرَّقبة وماء الطهارة، وأيضًا الغاصب لا يكلف ذلك على الأصح، وفرَّق بعضهم بين الغصب وهذا بما لا يُجدي. ويجري الخلاف فيما إذا قَصَّرَ المُسْلَمُ إليه في الدفع حتى انقطع، أو حَلَّ الأَجَلُ بموت المُسْلَمِ إليه قبل وجود المُسْلَمِ فيه، أو تأخّر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ثم حضر بعد انقطاعه. وعلى الأول (فيتخير المُسْلِمُ بين فسخه والصبر حتى يوجد) فيطالب به؛ دفعًا للضرر.

تنبيه: قد يفهم من إطلاقه الخيار أنه على الفور، والأصح أنه على التراخي.

فإن أجاز ثم بدا له أن يفسخ مُكِّن منه، ولو أسقط حقّه من الفسخ لم يسقط.

(ولو علم قبل المَحِلِّ) ـ بكسر الحاء ـ (انقطاعه عنده فلا خيار قبله في الأصح)؛ لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم. والثاني: نعم؛ لتحقق العجز في الحال.

وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا، وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ.

تنبيه: قَصَرَ المصنّف الخلاف على الخيار، وهو جارٍ في الانفساخ أيضًا، فلو قال كالروضة: «لم يتنجّز حكم الانقطاع في الأصح» لكان أحسن.

[اشتراط كون المُسْلَم فيه معلوم القدر]

(و) يُشترط (كونه) أي المُسْلَمِ فيه (**معلوم القدر كيلًا**) فيما يكال، (**أو وزنًا**) فيما يوزن؛ للحديث المَارِّ[1] أول الباب، (**أو عَدًّا**) فيما يُعَدُّ، (**أو ذرعًا**) فيما يُذْرَعُ قياسًا على ما قبلهما. فإن قيل: لِمَ خصَّ في الحديث الكيل والوزن؟ أجيب: بأن ذلك لغلبتهما، وللتنبيه على غيرهما. (**ويَصِحُّ المكيل**) أي سَلَمُهُ (**وزنًا وعكسه**) أي الموزون الذي يتأتَّى كَيْلُهُ كَيْلًا. وحَمَلَ الإمامُ إطلاق الأصحاب جوازَ كيل الموزون على ما يُعَدُّ الكيل في مثله ضابطًا فيه؛ بخلاف نحو فُتَاتِ المسك والعنبر؛ لأن للقدر اليسير منه مالية كثيرة، والكيل لا يُعَدُّ ضابطًا فيه؛ نقله عنه الرافعي وسكت عليه، ثم ذكر أنه يجوز السَّلَمُ في اللآلىء الصغار إذا عَمَّ وجودها كيلًا ووزنًا، قال في «الروضة»: «هذا مخالف لما تقدم عن الإمام»، فكأنه اختار هنا ما تقدم من إطلاق الأصحاب، وأجاب عنه البلقيني: بأنه ليس مخالفًا له؛ لأن فتات المسك والعنبر ونحوهما مما لا يُعَدُّ الكيل فيه ضابطًا لكثرة التفاوت بالثقل على المحلِّ وتراكمه، وفي اللؤلؤ لا يحصل بذلك تفاوت كالفول والقمح، فيصحّ فيه بالكيل فلا مخالفة، فالمعتمد تقييد الإمام، وبه جزم المصنف في تصحيح «التنبيه». واستثنى الجرجاني وغيره النقدين أيضًا فلا يُسْلَمُ فيهما إلَّا بالوزن، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في كُلِّ ما فيه خطر في التفاوت بين الكيل والوزن كما قاله ابن يونس. فإن قيل: لِمَ لا يتعين هنا في المكيل الكيلُ وفي الموزون الوزنُ كما في باب الربا؟ أجيب: بأنَّ المقصودَ هنا معرفة القَدْرِ، وثَمَّ المماثلة بعادة عهده ﷺ.

(**ولو أسلم في مائة صاع حنطة**) مثلًا (**على أن وزنها كذا**)، أو في ثوب مثلًا صفته كذا ووزنه كذا وذرعه كذا (**لم يَصِحَّ**)؛ لأنه يعزّ وجوده، بخلاف الخشب لأن زائده

---

(١) انظر الحديث السابق الذي أخرجه الشيخان رحمهما الله تعالى.

وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبِطِّيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَّاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ، . . . .

ينحت؛ قاله الشيخ أبو حامد وأقرّاه، فإن قيل: يعتبر فيه ذِكْرُ العرض والطول والثخانة، وبالنَّحت تزول إحدى هذه الصفات، أجيب: بأنَّ وَزْنَهُ على التقريبِ كما سيأتي في اللَّبِنِ.

تنبيه: لو قال المصنف: «مائة صاع كيلًا» كان أَوْلى؛ لأنَّ الصَّاعَ اسمٌ للوزن.

[اشتراط الوزن لصحَّة السَّلَمِ فيما لا يضبطه الكيلُ]

(ويشترط الوزن في البِطيخ) ـ بكسر الباء ـ **(والبَاذِنجان)** ـ بفتح المعجمة وكسرها ـ **(والقِثَّاءِ)** ـ بالمثلثة والمدّ ـ **(والسَّفرجَل)** ـ بفتح الجيم ـ **(والرمان)** وما أشبه ذلك ممّا لا يضبطه الكيل؛ لتجافيه في المكيال؛ كالرَّانِجِ[١] وقصب السكر والبقول. ولا يكفي فيها العَدُّ لكثرة التفاوت فيها. والجمعُ فيها[٢] بين الوزنِ والعَدِّ مُفسِدٌ؛ لأنَّه يحتاج معه

---

(١) الرَّانِجُ: النَّارَجِيْلُ، وهو جوزُ الهندِ.
انظر: لسان العرب، حرف الرَّاء، مادة «رنج»، (٢/ ٢٨٤).

(٢) أي المذكورات من البطيخ وما بعده؛ كـ«أسلمت إليك في مائة بطيخة كلُّ بطيخة رطلان». وكذا لا يصحُّ في الواحدة بأن يقول: «في بطيخة وزنها رطل»، وهذا إذا أريد الوزن التحديديُّ، وإلا فيصحُّ. انتهى، وعبارة «م د» على «التحرير»: ويصحُّ في المكيل وزنًا وكذا عكسه إن عدَّ فيه ضابطًا؛ بخلاف ما لا يعدُّ الكيل فيه ضابطًا؛ كعنبر وفتات مسك ودراهم ودنانير. ولا يصحُّ الجمع بين الكيل والوزن؛ كـ«أردبٌ قمح وزنه كذا»، ولا بين الوزن وغيره، كذلك كالذَّرع فيمتنع؛ كـ«ثوب ذرعه كذا ووزنه كذا»؛ إلَّا في نحو لَبِنٍ ـ بكسر الباء ـ مما يضرب عن اختيار فيصح فيه الجمع بين العدِّ والوزن. وعلم مما ذكر جمع العدِّ مع الذرع في البسط فلا بدَّ من ذكرهما فيها. انتهى «ق ل». وفي «شرح م ر»: وقول السبكيِّ: «لو أسلم في عدَّة من بطيخ مثلًا؛ كمائة بالوزن في الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقًا» ممنوعٌ كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى؛ أي فيتعين فيه الوزن فقط؛ بأن يقول: أسلمتُ إليك في قنطار من البطيخ مثلًا. انتهى. وأمَّا في البطيخة الواحدة ونحوها فلا يجوز السَّلم فيها مطلقًا؛ لأنه لا بدَّ من الوزن مع الأوصاف، وذلك يورث عزَّة الوجود ما لم يرد الوزن التقريبيَّ، قال «سم»: واعلم أنَّه ينتج من هذا الكلام أنَّ البطيخة الواحدة متقوِّمة؛ لأنَّه لا يجوز السَّلم فيها؛ بخلاف الجملة فإنَّها مثلية لجواز السَّلم فيها، وكذا يقال في البيضة الواحدة والجملة. انتهى.
والحاصل: أنَّه إذا جمع بين العدِّ والوزن في جملة من البطيخ مثلًا: فإن أراد التقريبيَّ صحَّ كما لو اقتصر على الوزن مطلقًا، وإلا فلا يصحُّ.
انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في السَّلم، (٣/ ٧٤ـ٧٥).

وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ، وَكَذَا كَيْلًا فِي الأَصَحِّ، . . . .

إلى ذكر الجِرْم، فيورث عِزَّةَ الوجود[1]، وقول السبكي: «ولو أسلم في عددٍ من البطيخ مثلًا كمائةٍ بالوزن في الجميع دون كُلِّ واحد جاز اتفاقًا» ممنوعٌ كما قال شيخي؛ لأنه يشترط ذكر حجم كُلِّ واحدة فيؤدّي إلى عِزَّةِ الوجود، قال الرافعي: «ولا يجوز السَّلَمُ في البطيخة الواحدة والسَّفرجلة الواحدة؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عِزَّةَ الوجود».

[اشتراط الوزن والكيل لصحّة السَّلَمِ في نحو الجوز واللَّوز]

(ويصح) السَّلَمُ (في الجوز واللَّوز بالوزن) لا بالعَدِّ (في نوع يَقِلُّ اختلافه) بغلظ قشورها ورقّتها، بخلاف ما لا يقلّ اختلافه بذلك فلا يصح السَّلَمُ فيه لاختلاف الأغراض في ذلك. وهذا التقييد استدركه الإمام على إطلاق الأصحاب الجواز، وسكت عليه الرافعي، وجزم به «المحرَّر» والمصنف هنا وفي «الروضة»؛ لكنه قال في «شرح الوسيط» بعد ذكره له: «والمشهور في المذهب ما أطلقه الأصحاب ونصَّ عليه الشافعي»، قال الإسنوي: والصواب التمسك بما قاله في «شرح الوسيط»؛ لأنه متسعٌ لا مختصر. انتهى، وهذا هو المعتمد، ويؤيده ـ كما قال ابن شهبة ـ إطلاق الشيخين في باب الرِّبا جواز بيع الجوز بالجوز وزنًا واللَّوزِ باللَّوز كيلًا مع قشرهما، ولم يشترطا فيه هذا الشرط مع أن الرِّبا أضيق من السَّلَمِ.

(وكذا) يصح السَّلَمُ فيما ذكر (كيلًا في الأصح)؛ قياسًا على الحبوب والتمر. والثاني: لا؛ لتجافيهما في المكيال. ومحلّ الخلاف في غير الجوز الهندي، أما هو فيتعين فيه الوزن جزمًا ولا يصح بالعَدِّ. ولو عبَّر المصنف بـ«الأظهر» لكان أَوْلَى؛ لأن الخلاف قولان لا وجهان. قال السبكي: «ويجوز الكيل والوزن في البندق والفستق»، قال: ولا أظن فيهما خلافًا، وعبارة «الروضة» موهمة للخلاف فيهما. انتهى.

وإنما يجوز السَّلَمُ في هذه الأشياء في القشر الأسفل فقط، نعم لو أسلم في اللَّوز الأخضر قبل انعقاد القشرة السُّفلى جاز؛ لأنه مأكول كُلُّهُ كالخيار؛ قاله الأذرعي،

(١) فتعيَّن الوزن؛ بأن يقول: «أسلمتُ إليك في قنطار من البطيخ» مثلًا؛ «ح ل».

وَيُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ، وَلَوْ عَيَّنَ مِكْيَالًا فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وتقدَّم ذلك في البيع؛ لأن قولهم: «في القشر الأسفل» يخرجه؛ لأن هذا لا قشر له أسفل.

ويجوز في المشمش كيلًا ووزنًا وإن اختلف نواه كبرًا وصغرًا.

[السَّلَمُ في اللَّبِنِ]

(ويُجمع في اللَّبِنِ) ـ بكسر الباء ـ (بين العَدِّ والوزن) ندبًا، فيقول مثلًا: «عشر لَبِنَاتٍ زنة كُلٍّ واحدة كذا»؛ لأنها تُضرب عن اختيار فلا يؤدّي إلى عِزَّةِ الوجود، فالواجب فيه العَدُّ، والأمرُ في وزنه على التقريب. ويشترط أن يذكر الطُّول والعرض والثخانة لكلِّ لَبِنَةٍ وأنه من طين معروف.

[حكم السَّلَم إن عيَّن مكيالًا غير معتاد]

(ولو عيَّن مكيالًا[١] فسد) السَّلم[٢] ولو كان حالًّا (إن لم يكن) ذلك الكيل (معتادًا)؛ ككوزٍ لا يعرف قدر ما يَسَعُ لأن فيه غررًا؛ لأنه قد يتلف قبل قبض ما في الذِّمَّة فيؤدّي إلى التنازع، بخلاف بيع مِلْئِهِ من هذه الصبرة فإنه يصح لعدم الغرر. (وإلَّا) بأن كان الكيل معتادًا بأن عُرف قدر ما يَسَعُ (فلا) يفسد السَّلَمُ (في الأصح)، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها. ويقوم مثل المعيَّنِ مقامه، فلو شرطا أن لا يبدل بطل العقد. وتعيينُ الميزان والذراع والصَّنْجَة في معنى تعيين المكيال، فلو شرط الذرع بذراع يده ولم يكن معلوم القدر لم يصح؛ لأنه قد يموت قبل القبض. والثاني: يفسد لتعرّض الكيل ونحوه للتلف. ولو اختلفت المكاييل والموازين والذرعان فلا بُدَّ من تعيين نوعٍ منها؛ إلَّا أن يغلب نوعٌ فيحمل الإطلاق عليه كما في أوصاف المُسْلَمِ فيه.

فرع: لو قال: «أسلمتُ إليك في ثوبٍ أو في صاعِ بُرٍّ مثل هذا الثوب أو البُرّ» لم يَصِحَّ؛ لأن المشار إليه قد يتلف كما في مسألة الكوز. وإن قال: «أسلمتُ إليك في

---

(١) أو ميزانًا أو ذراعًا.

(٢) هذا ظاهر في المؤجَّل، أمَّا الحالُّ فلأنَّه قد يؤخِّر القبض لكونه غير معتاد فيتلف. انتهى.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الأَصَحِّ.
وَمَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا، . . . .

ثوبٍ مثل ثوب قد وُصف قبل ذلك» ولم ينسيا وَصْفَه صَحَّ، وفارقت ما قبلها: بأن الإشارة إلى المعين لم تعتمد الصفة.

[حكم ما لو أسلم في ثمرة قرية صغيرة أو عظيمة]

(ولو أسلم في ثمر قريةٍ صغيرةٍ) أو بستان أو ضيعة؛ أي في قدرٍ معلومٍ منه (لم يصح)؛ لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شيء، وذلك غرر لا حاجة إليه. وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين السَّلَمِ الحالِّ والمؤجَّل، وهو كذلك. أو ثمر ناحية (أو) قريةٍ (عظيمةٍ) أي في قدر معلوم منه (صحَّ في الأصح)؛ لأنه لا ينقطع غالبًا، وهل يتعين أو يكفي الإتيان بمثله؟ فيه احتمالان للإمام، قال ابن شهبة: «والمفهوم من كلامهم الأوَّل، والثاني: أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة».

تنبيه: لم يتعرضوا لضابط الصغيرة والكبيرة، ونقل ابن كج عن الشافعي ما يقتضي أن الكبيرة ما يؤمن فيها الانقطاع، والصغيرةَ بخلافه، فالعبرة بكثرة الثمار وقِلَّتِهَا، والثمرة مثالٌ فغيرها مثلها. قال الزركشي: كان ينبغي ذكر هذه المسألة في شروط القدرة على التسليم؛ لأنه يوجب عسرًا إلَّا في شرط معرفة المقدار فإنها ليست منه في شيء.

[اشتراط معرفة أوصاف المُسْلَم فيه]

(و) يشترط لصحَّةِ السَّلَمِ (معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافًا ظاهرًا) وينضبط بها المُسْلَمُ فيه، وليس الأصل عدمها؛ لتقريبه من المعاينة، ولأن القيمة تختلف بسببها. وهذا الشرط معطوف على قوله أوَّل الفصل: «ويشترط كون المُسْلَمِ فيه مقدورًا على تسليمه» كما قَدَّرْتُهُ في كلامه، وكان ينبغي أن يقدّم شرط كونه موصوفًا ينضبط بالصفات ثم العلم بها، فإن لم تعرف لم يَصِحَّ السَّلَمُ؛ لأن البيع لا يحتمل جهل المعقود عليه وهو عين فلأن لا يحتمل وهو دين أَوْلَى. وخرج بالقيد الأول ما يُتسامح بإهمال ذكره؛ كالكحل والسِّمَنِ في الرقيق كما سيأتي، وبالثاني ما لا ينضبط كما سيأتي

وَذِكْرُهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ، فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الأَرْكَانِ؛ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ، . . . .

أيضًا، وبالثالث كون الرقيق قويًا على العمل أو ضعيفًا أو كاتبًا أو أميًا أو نحو ذلك، فإنه وصف يختلف به الغرض اختلافًا ظاهرًا مع أنه لا يجب التعرّض له؛ لأن الأصل عدمه.

(و) يشترط (ذكرها في العقد) مقترنةً به ليتميز المعقود عليه، فلا يكفي ذكرها قبله ولا بعده ولو في مجلس العقد، نعم إن توافقا قبل العقد وقالا: «أردنا في حالة العقد ما كُنَّا اتفقنا عليه» صحَّ كما قاله الإسنوي، وهو نظير من له بنات وقال لآخر: «زوجتُكَ بِنْتِي» ونَوَيَا معينةً. ولا بُدَّ أن يكون ذلك (على وجه لا يؤدِّي إلى عِزَّةِ الوجود)؛ لأن السَّلَمَ غرر كما مرَّ، فلا يصح إلَّا فيما يوثق بتسليمه. والعِزَّةُ هنا بمعنى القِلَّةِ، يقال: «شيءٌ عزيزٌ»؛ أي قليل.

(فلا يصح) السَّلَمُ (فيما لا ينضبط مقصوده؛ كالمُخْتَلِطِ المقصودِ الأركان) التي لا تنضبط؛ (كهريسةٍ ومعجون وغَالِيَةٍ وخُفٍّ) ونَعْلٍ (وترياقٍ مخلوطٍ)؛ لعدم انضباط أجزائها؛ لأن الغَالِيَةَ مركبة من مسكٍ وعنبر وعود وكافور كما في «الروضة»، وفي «تحرير المصنف»: «مركبة من دهن ومسك وعنبر»، ومثل الغَالِيَةِ النَّدُّ، وهو ـ بفتح النون ـ مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن. والخُفُّ والنَّعل كُلٌّ منهما مشتمل على ظِهارةٍ وبطانة وحَشْوٍ، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها، أما الخِفاف المتَّخذة من شيء واحد ـ ومثلها النِّعال ـ فيصحُّ السَّلَمُ فيها إن كانت جديدة واتُّخذت من غير جلد؛ كالثياب المخيطة والأمتعة. واحترز بـ«التِّرياق المختلط» عمّا هو نباتٌ واحدٌ أو حجرٌ فإنه يجوز السَّلَمُ فيه؛ وهو بتاء مثنَّاةٍ أو دال مهملة أو طاء كذلك مكسورات ومضمومات، فهذه ستُّ لغاتٍ ذكرها المصنف في «دقائقه»، ويقال أيضًا: دراق وطراق. ومثل ذلك القِسِيُّ، وهو ـ بكسر القاف والسين وتشديد الياء ـ جمع «قَوس»، ويجمع أيضًا على «أَقْوَاسٍ»، مركبة من خشب وعظم وعصب، والنَّبْلُ المَرِيْشُ ـ بفتح الميم وكسر الراء وإسكان الياء، بوزن «كريم» ـ لاختلاف وسطه وطرفيه دقةً وغلظةً وتعذّر ضبطه، أما النَّبْلُ قبل خرطه وعمل الريش عليه فيصحّ لتيسّر ضبطه.

وَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ؛ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلِّ تَمْرٍ أَوْ زَبِيبٍ؛ ....

ولا يصح السَّلَمُ في الحنطة المختلطة بالشعير ولا في الأدهان المُطَيَّبَة بطيب من نحو بنفسج وبانٍ وورد؛ بأن خالطها شيء من ذلك، أما إذا رُوِّحَ سِمسِمها بالطيب المذكور واعتصر فإنه لا يضر.

(والأصح صِحَّتُهُ في المختلط المنضبط) الأجزاء؛ (كَعَتَّابِيٍّ) ـ وهو مركب من قطن وحرير ـ (وخَزٍّ) ـ وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف ـ لسهولة ضبط كُلِّ جزء من هذه الأجزاء.

تنبيه: ما المراد بالانضباط؟ قيل: أن يعرف العاقدان أن اللُّحْمَةَ من أحدهما والسَّدَى من الآخر، وقيل: معرفة الوزن، رجّح الأوَّلَ السبكي والثاني الأذرعي، وهو الظاهر؛ لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتًا ظاهرًا، وعليه ينطبق قول الرافعي في «الشرح الصغير»: «لسهولة معرفة اختلاطها وأقدارها».

(وجبن وأَقِطٍ) كُلٌّ منهما فيه مع اللبن المقصود الملح، والإِنْفَحَةُ من مصالحه، وهي ـ بكسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء المهملة على المشهور[1] ـ كرش الخروف والجدي ما لم يأكل غير اللبن، فإن أكل فَكَرِشٌ، وجمعها «أَنَافِحُ». ويجوز في باء «الجبن» السكون والضم مع تخفيف النون وتشديدها، والجيمُ مضمومة في الجميع، وأشهر هذه اللغات إسكان الباء وتخفيف النون. (وشَهْدٍ) ـ بفتح الشين وضمّها ـ مركب من عسل النحل وشمعه خلقةً، فهو شبيه بالتمر وفيه النوى. (وخَلِّ تمر أو زبيب) هو يحصل من اختلاطهما بالماء الذي هو قوامه.

ومقابل الأصح في السَّبعة ينفي الانضباط فيها قائلًا: بأن كلًّا من الحرير والملح والشمع والماء وغيره يقلّ ويكثر.

والسمك المُمَلَّحُ كالجبن.

تنبيه: كلام المصنف قد يوهم أن هذه الأمثلة من أمثلة القسم المتقدم، وهو

(١) قال العلّامة الفيُّوميُّ: وتثقيلُ الحَاءِ أكثرُ من تخفيفِهَا.
انظر: المصباح المنير، كتاب النون، مادة «نفح»، ص / ٦٣٣/.

لَا الْخُبْزِ فِي الأَصَحِّ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ. . . . .

المختلط المقصود الأركان، وليس مرادًا؛ بل من أمثلة النوع الثالث من المختلطات، وهو أن يقصد أحد الخليطين والآخر للإصلاح كما هو في «الشرح» و«الروضة»، وأشار إليه في «المحرَّر» بقوله: «وكذا الجبن» فقطعهما عما قبلهما، وحينئذ يتعين أن لا تكون مجرورةً بالكاف عطفًا على «العَتَّابِيِّ»؛ بل مجرورة بـ «في» عطفًا على «المختلط». وإدخالُهُ الشهد في هذا النوع تبع فيه «المحرّر» وليس منه؛ بل هو نوع رابع كما ذكراه في «الشرح» و«الروضة»، وهو المختلط خلقةً، فلو قدّمه أو أخّره لكان أَوْلى.

ويصح السَّلَمُ في اللَّبَنِ والسمن والزبد، ويشترط ذكر جنس حيوانه ونوعه ومأكوله من مَرْعًى أو علف معيَّن بنوعه، ويذكر في السَّمْنِ أنه جديد أو عتيق. ولا يصح في حامض اللَّبَنِ؛ لأن حموضته عيبٌ إلَّا في مخيض لا ماء فيه فيصح فيه، ولا يضر وصفه بالحموضة لأنها مقصودة فيه، واللَّبَنُ المطلق يحمل على الحلو وإن جَفَّ. ويذكر طراوة الزبد وضدها. ويصح السلم في اللَّبَنِ كيلًا ووزنًا، ويوزن برغوته ولا يكال بها؛ لأنها لا تؤثر في الميزان. ويذكر نوع الجبن وبلده ورطوبته ويبسه الذي لا تَغَيُّرَ فيه، أما ما فيه تغيّر فلا يصح فيه لأنه معيبٌ، وعليه يحمل منع الشافعي السَّلَمَ في الجبن القديم. والسَّمْنُ يوزن ويُكال، وجامده الذي يتجافى في المكيال يوزن كالزبد واللِّبَأ المجفَّفِ، أما غير المجفَّف فكاللَّبَنِ، وما نصَّ عليه في «الأم» من أنه يصح السَّلَمُ في الزبد كيلًا ووزنًا يحمل على زبد لا يتجافى في المكيال. ولا يصح في الكَشْكِ ـ وكافه الأُولى مفتوحة ـ لعدم ضبط حموضته.

[حكم السَّلم في الخبز]

(لا الخبز) أي لا يصح السَّلَمُ فيه (في الأصح عند الأكثرين)؛ لتأثير النار فيه تأثيرًا لا ينضبط، ولأن مِلْحَهُ يقلّ ويكثر. والثاني ـ وصحّحه الإمام ومن تبعه، وحكاه المزني عن النَّصِّ ـ: الصحة؛ لأن ناره مضبوطة، والملح غير مقصود.

تنبيه: كان الأَوْلَى للمصنف تأخير هذه المسألة إلى الكلام على منع السَّلَمِ في المطبوخ والمشوي؛ لأن منع السَّلَمِ فيه لعدم ضبط تأثير ناره فيه، لا لأجل الخليط وهو

وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ؛ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ، وَلَا فِيمَا لَوِ اسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ عَزَّ وُجُودُهُ؛ كَاللَّآلِىءِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ، وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا.

الملح؛ لما مرَّ في الجبن والأقط. والأشبه ـ كما قال الأشموني[1] ـ أن النِّيدةَ[2] كالخبز.

[حكم السَّلَم فيما يندر وجوده]

(ولا يصحّ) السَّلَمُ (فيما يندر وجوده؛ كلحم الصيد بموضع العِزَّةِ)؛ أي محلٍّ يعزّ وجوده فيه؛ لانتفاء الوثوق بتسليمه، نعم لو كان السَّلَمُ حالًّا وكان المُسْلَمُ فيه موجودًا عند المُسْلَمِ إليه بموضع يندر فيه صحَّ كما في «الاستقصاء».

[حكم السَّلَم فيما لو استقصي وصفه عَزَّ وجوده]

(ولا فيما لو استقصي وصفه) الواجب ذكره في السَّلَمِ (عَزَّ وجوده) لما مرَّ؛ (كاللَّآلِىءِ الكبار واليواقيت) وغيرهما من الجواهر النفيسة؛ لأنه لا بدَّ فيها من التعرّض للحجم والوزن والشكل والصفاء، واجتماعُ هذه الأمور نادرٌ. وخرج بـ«اللآلىء الكبار» ـ وهي ما تطلب للزينة ـ الصغارُ، وهي ما تطلب للتداوي، وضبطها الجويني بسدس دينار؛ أي تقريبًا كما قالاه، فإنه يصحّ كما مرَّ. ولا يصح في العقيق؛ لشدّة اختلافه كما قاله الماوردي، بخلاف البلّور فإنه لا يختلف، ومعياره الوزن.

(وجارية وأختها) أو خالتها أو عمتها (أو ولدها) أو شاة وسخلتها؛ لأن اجتماعهما بالصفات المشروطة فيهما نادر. فإن قيل: سيأتي أنه لو شرط كون الرقيق كاتبًا أو الجارية ماشطة فإنه يندر ذلك مع اجتماع الصفات، ومع ذلك يصحّ، أجيب: بأن ذلك وصف يسهل تحصيله بالاكتساب، بخلاف البنوّة والأخوّة، وهذا الجواب لا يأتي في السَّلَمِ الحالّ؛ لأنه يجب تسليمه في الحال، فلا يتمكن مع ذلك من التأخير للتعليم.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الإسنوي»، وما أثبتُّه هو الموافق لـ«نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» للعلَّامة الرَّمليِّ، (٤/ ٢٠٢).

(٢) نوعٌ من العجين أو العجائن معروفٌ في منفلوط والمنشيَّة. . . إلى آخره، وذلك بأن يُنقع بذور الحنطة في الماء عِدَّة أيَّامٍ ثمَّ تترك إلى أن تجفَّ، وبعد ذلك تطحن بالطَّاحون وتُنقل إلى سخَّانٍ مُلِئ بالماء لطبخها إلى أن تنضج أو تحترق قليلًا.
انظر: تكملة المعاجم العربية، (١٠/ ٣٤٣).

فَرْعٌ [في مَحَلِّ السَّلم وشروطه]

يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ، فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ: ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ، . . . .

تنبيه: إطلاق المصنف المنع يقتضي أنه لا فرق في الأَمَةِ بين الزنجية وغيرها، وهو كذلك وإن قيّده الإمام بمن تكثر صفاتها بخلاف الزنجية، وجرى عليه الغزالي.

(فرعٌ) [في مَحَلِّ السَّلم وشروطه]

[حكم السَّلَم في الحيوان]

(يصح) السَّلَمُ (في الحيوان)؛ لأنه ثبت في الذمّة قرضًا في خبر مسلم، ففيه: «أَنَّهُ ﷺ اقْتَرَضَ بَكْرًا»(١)، فقيس على القرض السَّلَمُ، وعلى البَكْرِ غيره من سائر الحيوان. وروى أبو داود: «أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ عَمْرَو بْنَ العَاصِ رَضِي الله تَعَالَىٰ عَنْهُ أَنْ يَأْخُذَ بَعِيْرًا بِبَعِيْرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ»(٢)، وهذا سَلَمٌ لا قرضٌ؛ لما فيه من الفضل والأجل، وحديث النهي عن السَّلَفِ في الحيوان(٣)؛ قال ابن السمعاني في «الاصطلام»: «غير ثابت وإن خرّجه الحاكم».

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في الرقيق]

(فيشترط) في السَّلَمِ (في الرقيق ذكر نوعه؛ كتركيٍّ) وروميٍّ وحبشي؛ لاختلاف

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب جواز اقتراض الحيوان واستحباب توفيته خيرًا مما عليه /٤١٠٩/ عن أبي رافع رضي الله عنه قال: «استلف رسول الله ﷺ بكرًا بمثله، غير أنه قال: فإن خير عباد الله أحسنهم قضاءً».

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرخصة في ذلك /٣٣٥٧/ عن عبد الله بن عمرو: «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهّز جيشًا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة».

وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٤٠/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط مسلم.

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٤٠/عن ابن عباس رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن السلف في الحيوان».

قال الحاكم ـ رحمه الله تعالى ـ: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: صحيح.

وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب السلم، (٣/ ٨٨)، وقال: رواه الحاكم والدارقطنيُّ من حديث ابن عباس، وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم الجوثي؛ وَهَّاهُ ابن حبَّان. انتهى ملخَّصًا.

وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ ـ وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ ـ وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ، وَسِنِّهِ، وَقَدِّهِ طُولًا وَقِصَرًا، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوِهِمَا فِي الأَصَحِّ.

الغرض بذلك، وإن اختلف صنف النوع وجب ذكره كخطابيٍّ أو روميٍّ. (و) ذكر (لونه) إن اختلف؛ (كأبيض) وأسود، (ويصف) سواده بصفاءٍ أو كدورةٍ، و(بياضه بسمرة أو شقرة)، فإن لم يختلف لون الصنف ـ كزنجي ـ لم يجب ذكره. (و) ذكر (ذكورته وأنوثته) أي أحدهما، فلا يصح في الخنثى. (وسِنِّهِ) كابن عشر سنين أو محتلم؛ كذا قالاه، قال الأذرعي: «والظاهر أن المراد به أول عام الاحتلام أو وقته، وإلَّا فابن عشرين سنة محتلم»، ويُعتمد قول الرقيق في الاحتلام وفي السِّنِّ إن كان بالغًا، وإلَّا فقول سيّده إن علمه، وإلَّا فقول النخّاسين ـ أي الدّلّالين ـ بظنونهم. (وقَدِّهِ) أي قامته (طولًا وقصرًا) وربعةً، فيذكر واحدًا من ذلك لاختلاف الغرض بها. (وكُلُّهُ) أي الوصف والسِّنُّ والقَدُّ (على التقريب)؛ حتى لو شرط كونه ابن عشر مثلًا بلا زيادة ولا نقص لم يصح لندرته.

تنبيه: لم يذكر في «المحرّر» التقريب إلَّا بالنسبة إلى السِّنِّ، وكذا هو في «الشرحين» و«الروضة»، قال ابن النقيب: «وما ذكره المصنف حسنٌ إن ساعده عليه نقل»، وقال الأذرعي: وما اقتضته عبارته من أن كُلَّ ذلك على التقريب لم أره لغيره، والظاهر أن الأمر كما قال، وإنما خصّوا السِّنَّ بذلك لئلّا يُظن أن المراد حقيقة التحديد فغيره أَوْلَى بأن يكون على التقريب؛ لكن إنما يظهر ذلك في اللَّونِ والقَدِّ، لا في النوع والذكورة والأنوثة، فلا يقال فيها: «على التقريب»، ففي العبارة قلاقة. انتهى، ولذلك حملت عبارته على المراد؛ لأن هذا معلوم أنه لا يدخله التقريب.

وكلام المصنف قد يوهم عدم اشتراط الثيوبة أو البكارة والأصح الاشتراط.

(ولا يشترط ذكر الكَحَلِ) ـ بفتح الكاف والحاء ـ وهو سواد يعلو جفون العين كالكحل من غير اكتحال، (و) لا (السِّمَنِ) في الأَمَةِ (ونحوهما)؛ كالدَّعَجِ ـ وهو شدّة سواد العين مع سعتها ـ وتكلثم الوجه ـ وهو استدارته ـ وثقل الأرداف، ودقة الخصر، والملاحة (في الأصح)؛ لتسامح الناس بإهمالها. والثاني: يشترط؛ لأنها مقصودة

وَفِي الإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ: الذُّكُورَةُ وَالأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ.

لا تؤدّي إلى عِزَّةِ الوجود، وتختلف القيمة بسببها، ويُنَزَّلُ في الملاحة على أقلّ درجاتها، ومع ظهور هذا وقوّته المعتمد الأوّل. وسُنَّ ذِكْرُ مفلج الأسنان أو غيره، وجعد الشعر أو سبطه، وصفة الحاجبين، لا سائر الأوصاف التي تؤدّي إلى عِزَّةِ الوجود؛ كأن يصف كُلَّ عضوٍ على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة؛ لأن ذلك يورث العِزَّةَ.

ولو شرط كون الرقيق يهوديًا أو كاتبًا أو مزوّجًا صحَّ بخلاف كونه شاعرًا؛ لأن الشِّعْرَ طبعٌ لا يمكن تعلّمه فيعزّ وجوده بالأوصاف المذكورة، وبخلاف خِفَّةِ الرّوح وعذوبة الكلام وحسن الخُلُقِ؛ للجهالة.

ولو شرط كونه زانيًا أو سارقًا أو قاذفًا صحَّ، لا كونها مُغَنِّيَةً أو عَوَّادَةً ونحو ذلك، وفرّق: بأنها صناعة محرمة وتلك أمورٌ تحدث؛ كالعمى والعور، قال الرافعي: «وهذا فرق لا يقبله ذهنك»، وقال الزركشي: «الفرق صحيح؛ إذ حاصله أن الغناء والضرب بالعود لا يحصل إلَّا بالتعليم وهو محظور، وما أدَّى إلى المحظور محظور، بخلاف الزِّنَا والسرقة ونحوهما فإنها عيوب تحدث من غير تعلّم»، وفرّق بوجه آخر: وهو أن الغناء ونحوه لا بدَّ فيه مع التعلّم من الطبع القابل لذلك وهو غير مكتسب فلم يصحّ، وهذا أَوْلَى؛ إذ يعتبر على الأول أن يكون الغناء محظورًا بآلة محرمة بخلافه على هذا، مع أن التحقيق أن الغناء ليس محرمًا مطلقًا، وإنما المحرم إذا كان بآلة في الهيئة الاجتماعية.

ولو أسلم جارية صغيرةً في كبيرة صحَّ؛ كإسلام صغير الإبل في كبيرها، فإن كَبِرَتْ ـ بكسر الباء ـ أجزأت عن المُسْلَمِ فيه وإن وطئها كوطء الثيب ورَدَّها بالعيب.

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في الخيل والإبل والبغال والحمير]

(و) يشترط **(في الإبل)** والبقر والغنم **(والخيل والبغال والحمير: الذُّكورة والأنوثة والسِّنُّ واللَّون والنوع)**؛ لاختلاف الغرض والقيمة بذلك، فيقول في الإبل: «بَخَاتِيٌّ» أو «عِرَابٌ» أو «من نتاج بني فلان» أو «بلد بني فلان»، وفي بيان الصِّنف المختلف:

وَفِي الطَّيْرِ: النَّوْعُ، وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ.

وَفِي اللَّحْمِ: لَحْمُ بَقَرٍ أَوْ ضَأْنٍ أَوْ مَعْزٍ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَوْ ضِدِّهَا، .

«أرحبية» أو «مهرية»؛ لاختلاف الغرض بذلك. وفي الخيل: «عربيٌّ» أو «تركيٌّ» أو «من خيل بني فلان» لطائفة كثيرة. قال الجرجاني: وينسب البغال والحمير إلى بلد فيقول: «مصريٌّ» أو «روميٌّ»، وكذا الغنم فيقول: «تركيٌّ» أو «كرديٌّ»، ولو اختلف صنّف النوع فعلى ما سبق في الرقيق. واستثنى الماوردي من اللون الأبلق، فلا يصح السَّلَمُ فيه لعدم انضباطه، ولا في الحيوان الحامل من أَمَةٍ أو غيرها؛ لأنه لا يمكن وصف ما في البطن.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه لا يشترط ذكر القدر، وهو كذلك، فقد نقل الرافعي اتفاق الأصحاب عليه، وقول الماوردي: «ليس للإخلال به وجه» أجيب: بأن له وجهًا يعرف مما وُجِّهَ به عدم اشتراط الدعج ونحوه.

ويندب في غير الإبل ذكر ألوانه المخالفة لمعظم لونه: كالأغرّ والمحجَّل واللَّطيم ـ بفتح اللام ـ وهو من الخيل ما سالت غرّته في أحد شقي وجهه؛ قاله الجوهري.

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في الطير]

(و) يشترط (في الطير: **النَّوع والصغر وكبر الجُثَّةِ**) ـ أي أحدهما ـ والسِّنُّ إن عُرف، ويرجع فيه للبائع كما في الرقيق، والذكورة أو الأنوثة إن أمكن التمييز وتعلّق به غرض.

فرع: قال الأذرعي: «الظاهر أنه لا يجوز السَّلَمُ في النحل وإن جوَّزْنا بيعه؛ لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل، وأنه يجوز السَّلَمُ في إوزَّةٍ وفراخها ودجاجةٍ وفراخها إذا سُمّي عددها»، وما قاله في هذه ـ كما قال شيخنا ـ مردودٌ؛ إذْ هي داخلة في قولهم: «حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها».

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في لحم البقر والضأن]

(و) يشترط (في اللَّحم: **لحم بقرٍ**) عرابٍ أو جواميس (**أو ضأن أو معز، ذكرٍ خَصِيٍّ رضيعٍ معلوف، أو ضدِّها**) أي ضد ما ذكر، والرضيع والفطيم من الصغير، أما الكبير

مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ.

وَفِي الثِّيَابِ: الْجِنْسُ، وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ، وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ، وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ، .

فمنه الجَذَعُ والثني فيذكر أحدهما. ولا يكفي في المعلوفة العلف مَرَّةً أو مرات؛ بل لا بدّ أن ينتهي إلى مبلغ يؤثّر في اللَّحم كما قاله الإمام وأقرّاه، وظاهر ذلك أنه لا يجب قبول الراعية وإن كانت في غاية السِّمَنِ، وهو كذلك وإن قال في «المطلب»: الظاهر وجوب قبولها؛ قيل: لأن الراعية بسمنها أطيب من المعلوفة؛ لأن الراعية تتردد في المرعى، والمعلوفة مقيمةٌ فيكون سِمَنُهَا أغثَّ. ولا فرق في صحة السَّلَمِ في اللَّحم بين جديده وقديده ولو مُمَلَّحًا وإن كان عليه عين الملح؛ لأنه من مصلحته. ويصحّ السَّلَمُ في الشحم والكبد والألية والطّحال ونحو ذلك، ويذكر جنس حيوانها ونوعه وصفته إن اختلف به غرض. وفي السمك والجراد حيًّا وميتًا حيث عَمَّ، ويذكر في الحي العددَ، وفي الميت الوزن. ويبيِّن كون اللَّحم **(من فخذ)** ـ بإعجام الذال ـ **(أو كتف أو جنب)** أو غيره من سمين أو هزيل؛ لاختلاف الغرض بذلك. وكلَّما قرب من الماء والمرعى كان أطيب، فلحم الرقبة أطيب لقربه، ولحم الفخذ أدون لبعده. **(ويُقبل عظمه على العادة)** عند الإطلاق؛ لأنه كالنَّوَى من التمر، فإن شرط نزعه جاز ولم يلزمه قبوله. ولا يلزمه قبول الرأس والرِّجْلِ من الطير، ولا الذنب الذي لا لحم عليه من السَّمك، ومقتضى كلام «الروضة» وأصله أنه يلزمه قبول رأس السمك؛ لكن نصَّ في البويطي على عدم لزومه. ويلزمه قبول جلدٍ يؤكل عادةً مع اللَّحم؛ كجلد الخروف والجدي الصغيرين والطير والسمك؛ قاله الماوردي. ولا مدخل للخصاء والعلف وضدهما في لحم الصيد، ولا بدَّ من ذكر ما يصاد به من أُحبولة أو سهم أو جارحة، وأنَّها كلب أو فهد، فإنّ صَيْدَ الكلب أطيب لطيب نكهته.

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في الثِّياب]

(و) يشترط **(في الثياب: الجنس)**؛ كقطن أو كتان، والنوع والبلد الذي يُنسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عنه وعن الجنس. **(والطول والعرض والغلظ والدِّقة)** ـ بالدال المهملة ـ هما بالنسبة إلى الغزل. **(والصفاقة والرِّقَّة)** ـ بالراء ـ هما

وَالنُّعُومَةُ وَالْخُشُونَةُ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ. وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ، وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ، وَالأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ؛ قُلْتُ: الأَصَحُّ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بالنسبة إلى النسج، والأُولى انضمام بعض الخيوط إلى بعض مأخوذة من «الصَّفْقِ»، وهو الضرب، والثانية عدم ذلك. وقد يستعمل «الدَّقيق» موضع «الرَّقيق» وبالعكس. (والنعومة والخشونة)؛ لاختلاف الغرض بذلك. والمراد ذكر أحد كُلِّ متقابلين بعد الأولين معهما.

تنبيه: سكت الشيخان تبعًا للجمهور عن ذكر اللَّون، وذكر في «البسيط» اشتراطه في الثياب، قال الأذرعي: «وهو متعين في بعض الثياب؛ كالحرير والقزّ والوبر، وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر خلقةً، وهو عزيز، وتختلف الأغراض والقيم بذلك». انتهى، وجوابه ما مَرَّ في الدَّعج ونحوه.

(ومطلقه) أي الثوب عن القَصْرِ وعدمه (يحمل على الخَامِ) دون المقصور؛ لأن القصر صفة زائدة، قال الشيخ أبو حامد: «فإن أحضر المقصور كان أَوْلَى»، وقضيته أنه يجب قبوله؛ قال السبكي وغيره: «إلَّا أن يختلف الغرض به فلا يجب قبوله»، وهذا أوجه.

(ويجوز في المقصور)؛ لأن القصر وصفٌ مقصود مضبوط، ولا يجوز في الملبوس؛ لأنه لا ينضبط. ويجوز في القميص والسَّراويل ونحوهما إذا كان ذلك جديدًا ولو مغسولًا إن ضبطه طولًا وعرضًا وسعةً وضيقًا. (و) يجوز فيـ (ـما صبغ غزله قبل النسج كالبُرُودِ) إذا بيّن ما صبغ به، وكونه في الشتاء أو الصيف، واللون وبلد الصبغ كما قاله الماوردي. (والأقيس صحته في المصبوغ بعده) أي النسج كما في الغزل المصبوغ؛ (قلت: الأصح منعه)؛ لأن الصبغ بعده يَسُدُّ الفُرَجَ فلا تظهر معه الصفاقة، بخلاف ما قبله، (وبه قطع الجمهور)، وهو المنصوص في البويطي، (والله أعلم) وفرّق في «الأمّ» بينه وبين ما صُبغ غزله ثم نسج: بأن الغزل إذا صبغ ثم نسج يكون السَّلَمُ في الثوب، وإذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم في الثوب والصبغ معًا، والصبغ مجهولٌ.

. . . .

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في البقول ونحوها والأشعار والأصواف والقطن والقَزِّ والعطر]

فروع: يَصِحُّ السَّلَمُ في البقول كالكرّاث والبصل والثوم والفجل والسِّلق والنَّعنع والهِنْدِبَا وزنًا، فيذكر جنسها ونوعها ولونها وكبرها وصغرها وبلدها. ولا يصحّ في السَّلجم والجزر إلَّا بعد قطع الورق؛ لأن ورقهما غير مقصود.

ويصحّ في الأشعار والأصواف والأوبار، فيذكر نوع أصله وذكورته أو أنوثته؛ لأن صوف الإناث أنعم، واستغنوا بذلك عن ذكر اللِّين والخشونة، وبلده واللون والوقت ـ كخريفيّ أو ربيعيّ ـ والطول أو القصر والوزن. ولا يقبل إلَّا مُنَقًّى من بعرٍ ونحوه كشوكٍ، ويجوز شرط غسله. ويصحّ في القطن، فيذكر فيه أو في محلوجه أو غزله مع نوعه البلد واللَّون، وكثرة لحمه وقِلَّته، ونعومته أو خشونته، ورقّة الغزل أو غلظه، وكونه جديدًا أو عتيقًا إن اختلف به الغرض، ويأتي ذلك في نحو الصوف كما ذكره ابن كج. ومطلق القُطن يحمل على الجَافّ وعلى ما فيه الحَبُّ. ويصحّ في حَبِّهِ لا في القطن في جوزه ولو بعد الشَّقِّ؛ لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه، بخلاف الجوز واللَّوز كما مرَّ.

قال الماوردي: «ولا يجوز السَّلَمُ في الكَتَّان على خشبه، ويجوز بعد الدَّقِّ؛ أي وبعد النَّفض، فلا يصح قبل ذلك، أو المراد بالدَّقِّ النَّفض، فيذكر بلده ولونه، وطوله أو قصره، ونعومته أو خشونته، ودقته أو غلظه، وعتقه أو حداثته إن اختلف الغرض بذلك.

ولا في القَزِّ وفيه دُودُهُ حيًّا أو ميتًا؛ لأنه يمنع معرفة وزن القَزِّ، أما بعد خروجه منه فيجوز».

ويصحّ في أنواع العطر العامَّةِ الوجود ـ كالمسك والعنبر والكافور والعود والزعفران ـ لانضباطها، فيذكر الوصف ـ من لون ونحوه ـ والوزن والنوع.

وَفِي التَّمْرِ: لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا، وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ. وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمْرِ.

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في التَّمر]

(و) يشترط (في التمر) أو الزبيب أن يذكر (لونه)؛ كأبيض أو أحمر، (ونوعه)؛ كمعقليٍّ أو برنيٍّ، (وبلده)؛ كمصري أو بغدادي، (وصغر الحَبَّاتِ وكبرها)؛ أي أحدهما؛ لأن صغير الحَبِّ أقوى وأشدّ. (وعِتقه) ـ بكسر العين كما قاله الإسنوي، وبضمِّها كما نقله ابن الملقن عن ضبط المصنف بخطِّه ـ (وحداثته)؛ أي أحدهما؛ لاختلاف الغرض بذلك. ويستحب أن يبيّن عتق عام أو عامين أو نحو ذلك، فإن أطلق فالنَّصُّ الجواز وينزل على مسمَّى العتق. ويبيّن ـ كما قال الماوردي ـ أن الجفاف على النخل أو بعد الجذاذ، فإن الأول أَبْقَى والثاني أَصْفَى.

ويستثنى من جواز السَّلم في التَّمْرِ التَّمْرُ المكنوز في القواصر، وهو المسمَّى بـ«العجوة»، فإنه لا يصح السَّلَمُ فيه كما نقله الماوردي عن الأصحاب؛ لأنه لا يمكن استيفاء صفته المشروطة بعد كنازه، قال الدميري: «ولأنه لا يبقى على صفة واحدة غالبًا». ولو أسلم في تمرٍ منزوع النَّوَى ففي صحته وجهان في «الحاوي» يظهر منهما الصحة. والرُّطَبُ كالتمر فيما ذكر، ومعلوم أنه لا جفاف فيه.

[ما يُشترط بيانه في السَّلم في الحبوب والدَّقيق والنُّخالة والتِّبن وقصب السُّكَّر]

(والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) في الشروط المذكورة، فيبيّن نوعها؛ كالشامي والمصري والصعيدي والبحيري، ولونه فيقول: «أبيض» أو «أحمر» أو «أسمر»، قال السبكي: «وعادة الناس اليوم لا يذكرون اللَّون ولا صغر الحبَّات وكبرها، وهي عادة فاسدة مخالفة لِنَصِّ الشافعي والأصحاب، فينبغي أن ينبّه عليها».

فروع: يصحّ السَّلَمُ في الأدقَّة، فيذكر فيها ما مرَّ في الحَبِّ إلَّا مقداره، ويذكر فيها أيضًا أنه يطحن برحى الدَّوابِّ أو الماء أو غيره، وخشونة الطحن أو نعومته. ويصحّ في النُّخالة كما قاله ابن الصباغ إن انضبطت بالكيل، ولم يكثر تفاوتها فيه بالانكباس وضده. ويصحّ في التِّبْنِ. قال الروياني: «وفي جوازه في السَّويق والنّشاء وجهان:

وَفِي الْعَسَلِ: جَبَلِيٌّ أَوَ بَلَدِيٌّ، صَيْفِيٌّ أَوْ خَرِيفِيٌّ، أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ.

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ، . . . .

المذهب الجواز كالدقيق». ويجوز السَّلَمُ في قصب السُّكَّر بالوزن؛ أي في قشره الأسفل، ويُشترط قطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه كما قاله الشافعي، وقال المزني: «وقطع مجامع عروقه من أسفله».

[حكم السَّلَمِ في العقار]

ولا يصح السَّلَمُ في العقار؛ لأنه إن عيّن مكانه فالمعين لا يثبت في الذمة وإلَّا فمجهول.

[ما يُشترط بيانه في السَّلَمِ في العسل]

(و) يشترط (في العسل) ـ أي عسل النحل، وهو المراد عند الإطلاق ـ أن يذكر زمانه ومكانه ولونه فيقول: (جبلي أو بلدي)؛ لاختلاف الغرض بذلك؛ لأن الجبليّ أطيب. (صيفي أو خريفي، أبيض أو أصفر)؛ لتفاوت الغرض بذلك، ويبيّن مَرْعَاه كما نصَّ عليه في «الأمِّ»، قال الماوردي: «فإن النَّحل يقع على الكمون والزعتر[1] فيكون دواء، ويقع على أنوار الفاكهة وغيرها فيكون داءً»، قال الأذرعي: «وكأنَّ هذا في موضع يتصوّر فيه رَعْيُ هذا بمفرده وهذا بمفرده، وفيه بُعْدٌ».

(ولا يُشترط العتق والحداثة) وإن شرطه الماوردي؛ لأن الغرض لا يختلف فيه بذلك، لأن العسل لا يتغير وإن قال بعضهم في عدم تغيّره نظرٌ؛ بدليل أن كُلَّ شيء يحفظ به.

[حكم السَّلَمِ في المطبوخ والمشويِّ]

(ولا يصح) السَّلَمُ (في المطبوخ والمشوي) أي الناضج بالنار؛ لأن تأثير النار فيهما لا ينضبط. ويصحّ في كُلِّ ما دخلته نار مضبوطة؛ كالصابون والسكر والفَانِيْذِ[2] واللِّبَأ

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الصعتر».

(٢) الفَانِيْذُ: نوعٌ من الحلوى يُعمل من القَنْدِ والنَّشَا، وهي كلمةٌ أعجميّةٌ لفقد «فَاعِيل» من الكلام العربيِّ، ولهذا لم يذكرها أهلُ اللُّغة.
انظر: المصباح المنير، كتاب الفاء، مادة «فنذ»، ص/ ٤٨٩/ .

وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ، وَالأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ. . . . .

والدبس، كما صحّحه المصنف في «تصحيح التنبيه» في كُلِّ ما دخلته نار لطيفة، ومَثَّل ببعض المذكورات، وإن خالف في ذلك ابن المقري في «روضه» تبعًا للإسنوي، ويؤيّد الأول صحة السَّلَمِ في الآجُرِّ المطبوخ، وعليه يفرّق بين بابي الربا والسَّلَم: بضيق باب الربا. فإن قيل: قول المصنف كغيره: «إن نار ما ذكر لطيفة» خِلَافَ المُشَاهَدِ، وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر، أجيب: بأن مراده بـ«اللطيفة» المضبوطة كما عبّرت به. وصرَّح الإمام ببيع الماء المغلي بمثله، فيصح السَّلَمُ فيه وفي ماء الورد؛ لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره، وفي العسل المصفَّى بالنار؛ لأن تصفيته بها لا تؤثر؛ لأن ناره لطيفة للتمييز وإن أفهم قوله: **(ولا يضر تأثير الشمس)** في العسل وغيره خلافه؛ لعدم اختلافه، فيجوز السَّلَمُ في المصفَّى بهما. ويصحّ في الشَّمع والقَنْدِ[1] والخزف والفحم لما مرَّ. قال الأذرعي: «والظاهر جوازه في المسموط؛ لأن النار لا تعمل فيه عملًا له تأثير».

[حكم السَّلَمِ في رؤوس الحيوان وأكارعه]

(والأظهر منعه) أي السَّلَمِ **(في رؤوس الحيوان)**؛ لاشتمالها على أبعاضٍ مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها، ويتعذَّر ضبطها. والثاني: الجواز بشرط أن تكون منقَّاةً من الشعر والصوف موزونةً؛ قياسًا على اللحم بعظمه، وفرّق الأول: بأن عظمها أكثر من لحمها عكس سائر الأعضاء. أما إذا لم تنقَّ من الشعر ونحوه فلا يصح السَّلَمُ فيها جزمًا. ولا يحتاج المصنف إلى تقييدها بكونها نيئةً؛ لأن ذلك يخرج بقوله: «ولا يصح السَّلَمُ في المطبوخ. . . إلى آخره». ولا يصح في الأَكَارِعِ وإن كانت نيئةً منقاة لما فيها من الأبعاض المختلفة، ويقال فيها: «كَوَارِعُ» و«أَكْرُعٌ» جمع «كُرَاعٍ»، قال المصنف: «وهو من الدواب ما دون كعوبها»، والجوهري: «مُسْتَدَقُّ السَّاقِ»، والشائع إطلاقه عليهما.

(١) القَنْدُ: عسلُ قصب السُّكَّرِ، يُقال: سويقٌ مَقْنُودٌ ومُقَنَّدٌ.
انظر: مختار الصِّحاح، باب القاف، مادة «قند»، ص / ٢٣٠/ .

وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ؛ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا، وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا صُبَّ مِنْهَا . . . .

[حكم السَّلَم فيما اختلفت أجزاؤه]

(ولا يصح) السَّلَمُ (في مُخْتَلِفٍ) أجزائه؛ (كبُرْمَةٍ معمولة)، وهي القِدْرُ، (وجلدٍ) على هيئته، (و) معمول نحو (كوزٍ وطَسٍّ) ـ بفتح الطاء، ويقال له: «طشت» ـ ولم يذكره في «المحرّر». (وقمقم ومَنارة) ـ بفتح الميم ـ (وطِنجير) وهو ـ بكسر الطاء ـ الدست، ويجوز فتحها كما قاله المصنف وإن قال الجوهري: «فَتْحُها من لحن الناس». (ونحوها)؛ كالأباريق والحِبَاب ـ بكسر المهملة وبالموحَّدة، جمع «حُبٍّ» بضمِّها، وهي الخابية ـ والأسطال الضيقة الرأس؛ لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ولتعذّر ضبطها؛ إما لاختلاف الأجزاء في الدِّقَّة والغلظ ـ كالجلد ـ أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها كالأمثلة المذكورة.

أما قِطَعُ الجلد فيجوز السَّلَمُ فيها وزنًا لانضباطها؛ لأن جملتها مقصودة، وما فيها من التفاوت يجعل عفوًا. ولا يصح في الرِّقِّ لما ذكر.

تنبيه: تقييده «البُرمة» بـ«المعمولة» للاحتراز عن المصبوبة في القالب كما سيأتي، فيكون ذلك قيدًا في كُلِّ ما بعده إلَّا الجلد كما قدّرته في كلامه، فكان ينبغي تقديمه وعَطْفُ هذه الأشياء عليه، أو عكسه لمغايرته لها.

قال الأشموني: «والمذهب جواز السَّلَمِ في الأواني المتّخذة من الفخّار»، ولعلَّه محمول على غير ما مرَّ.

(ويصح) السَّلَمُ (في الأسطال المُرَبَّعَةِ)؛ لعدم اختلافها، والمدوّرةُ كالمربَّعة كما صرَّح به سليم في «التقريب»، وقال الأذرعي: «إنه الصواب»، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد؛ بل صحَّح في كُلِّ ما لا يختلف من ذلك مضروبًا كان أو مصبوبًا كما صرَّح به الماوردي. ولو شرط كون السطل من نحاس ورصاص جميعًا لم يصح؛ نصّ عليه في «الأمّ»؛ قال: «لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كُلِّ واحد منهما».

(وفيما صبّ منها) أي المذكورات كما اقتضاه كلام «الشرح» و«الروضة»؛ أي من

فِي قَالَبٍ.

وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الأَصَحِّ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ.

أصلها المذاب (في قالَبٍ) ـ بفتح اللَّام أفصح من كسرها؛ كـ«الهَاوَنِ» بفتح الواو ـ مربعًا كان أم لا؛ لأن ذلك لا يختلف.

فروع: يصحّ السَّلَمُ في المنافع ـ كتعليم القرآن ـ لأنها تثبت في الذمَّة كالأعيان. ويصحّ في الذهب والفضة ولو غير مضروبين كغيرهما، لا إسلام أحدهما في الآخر ولو حالًّا وقبضًا في المجلس؛ لتضادّ أحكام السَّلَمِ والصَّرف؛ لأن السَّلم يقتضي استحقاق قبض أحد العِوَضَيْنِ في المجلس دون الآخر، والصَّرف يقتضي استحقاق قبضهما فيه، ويؤخذ من ذلك أن سائر المطعومات كذلك، وهذا إذا لم ينويا بالسَّلم عقد الصرف وإلا صحَّ إذا كان حَالًّا وتَقَابَضَا في المجلس؛ لأن ما كان صريحًا في بابه ولم يجد نفاذًا في موضوعه يكون كناية في غيره. ويصح في الورق، ويبين فيه العدد والنوع والطول والعرض واللون والدِّقَّة أو الغلظ والصفة والزمان؛ كصيفي أو شتوي. ويصحّ في الحديد والرصاص والنحاس، ويشترط ذكر جنسها ونوعها وذكورة الحديد وأنوثته، قال الماوردي وغيره: «والذَّكر الفولاذُ، والأنثى اللَّيِّنُ الذي يتخذ منه الأواني ونحوها».

[حكم اشتراط الجودة والرَّداءة فيما يُسْلَمُ فيه]

(ولا يشترط) فيما يُسْلَمُ فيه (ذكر الجودة والرداءة في الأصح)؛ لما ذكره بقوله: (ويحمل مطلقه) منهما (على الجيد) للعرف. والثاني: يشترط؛ لاختلاف الغرض بهما، فيفضي تركهما إلى النزاع، ورُدَّ بالحمل المذكور. وعلى كلا القولين يُنَزَّلُ على أقل الدرجات، فلو شرط الأجود لم يصح على الأصح؛ لأن أقصاه غير معلوم، وإن شرط الرداءة: فإن كانت رداءة النوع صحَّ على الأصح لانضباط ذلك، أو رداءة العيب لم يصح؛ لأنها لا تنضبط إذ ما من رديءٍ إلَّا ويوجد رديء آخر خير منه، وإن شرط الأردأ صحَّ على الأصح؛ لأن طلب أردأ من المُحْضَرِ عنادٌ.

وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الأَصَحِّ.

[حكم اشتراط معرفة العاقدين وكذا غيرهما في السَّلَمِ]

(ويشترط) مع ما مرَّ من اشتراط كون الأوصاف معروفة في نفسها (معرفةُ العاقدين الصفات)، فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح كالبيع، (وكذا غيرهما) أي معرفة عدلين غير العاقدين (في الأصح)؛ ليرجع إليهما عند تنازع العاقدين. والثاني: لا يشترط معرفة غيرهما. وعلى الأول يخالف ما تقدّم في الأجل من الاكتفاء بمعرفة العاقدين أو معرفة عدلين في التأجيل بنحو شهور الروم، وتقدّم الفرق ثَمَّت بينهما.

* * *

٢ـ فصلٌ [في بيان أداء غير المُسْلَم فيه عنه، ووقت أداء المُسْلَمِ فيه ومكانه]

لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنِ الْمُسْلَم فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَرْدَأُ مِنَ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ.

(فصلٌ) في بيان أداء غير المُسْلَمِ فيه عنه، ووقت أداء المُسْلَمِ فيه ومكانه

[حكم استبدال المُسْلَمِ فيه بغير جنسه أو نوعه]

(لا يصح أن يستبدل عن المُسْلَم فيه غير جنسه)؛ كالبرّ عن الشعير، (ونوعه)؛ كالتمر البرني عن المعقلي؛ لأن الأول اعتياض عن المُسْلَمِ فيه وتقدّم أنه ممتنع مع تعليله، والثاني: يشبه الاعتياض عنه.

تنبيه: الحيلة في الاعتياض أن يفسخا السَّلَمَ ثم يعتاض عن الثمن الذي في ذمة المُسْلَمِ إليه.

(وقيل: يجوز في نوعه)؛ لأن الجنس يجمعهما، فكان كما لو اتّحد النوع واختلفت الصفة، ولهذا يحرم التفاضل بينهما، ويُضَمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة، (و) لكن (لا يجب) قبوله لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع، (ويجوز) إعطاء (أردأ من المشروط)؛ لأنه من جنس حَقِّهِ، (و) لكن (لا يجب) قبوله لأنه دون حقّه. (ويجوز) إعطاء (أجود) من المشروط صفة، (ويجب قبوله في الأصح)؛ لأن الامتناع منه عناد، ولإشعار بذله بأنه لم يجد سبيلًا إلى براءة ذِمَّته بغيره، وذلك يُهَوِّنُ أمر المِنَّةِ التي يُعَلِّلُ بها الثاني. والثاني: لا يجب لما فيه من المِنَّةِ؛ كما لو أسلم إليه في خشبة خمسة أذرع فجاء بها سِتَّةً فإنه لا يجب عليه قبولها، وفرّق الأول: بأن الجودة والرداءة لا يمكن فصلها لأنها تابعة؛ بخلاف زيادة الخشبة، نعم إن كان على المُسْلِمِ ضرر في قبوله ـ كأن أسلم إليه في عبدٍ أو أَمَةٍ فجاءه بفرعه أو أصله أو زوجته أو زوجها ـ لم يجب قبوله، وإن جاءه بأخيه أو عمّه فوجهان؛ وجه المنع ـ وهو الظاهر ـ: أن من الحكام من يحكم بعتقه عليه؛ ذكره الماوردي.

وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ؛ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يُجْبَرْ، ....

تنبيه: تفاوت الرُّطَبِ والتمر تفاوت نوعٍ لا تفاوت وصفٍ، وكذا ما سقي بماء السماء وبماء الأرض، والعبد الهندي والعبد التركي، فلا يجب عليه قبول الآخر.

ولا يجوز[1] أن يقبض ما أسلم فيه كيلًا بالوزن ولا عكسه، ولا بكيل أو وزن غير الذي وقع عليه العقد؛ كأن باع صاعًا فاكتاله بالمُدِّ. ولا يُزلزل المكيال، ولا يضع الكَفَّ على جوانبه؛ بل يملؤه ويصبُّ على رأسه بقدر ما يحمل.

ويُسَلِّمُ التمر جافًّا ولو في أول جفافه؛ لأنه قبل جفافه لا يسمَّى تمرًا، ولا يجزيء ما تناهى جفافه حتى لم يَبْقَ فيه نداوة؛ لأن ذلك نقص كما ذكره ابن الرفعة والسبكي وغيرهما. ويُسْلِمُ الرُّطَبَ غير مُشَدَّخٍ، وهو البُسْرُ يعالج بالغمر ونحوه حتى يَتَشَدَّخَ؛ أي يترطب، وهو المسمَّى بالمعمول في بلاد مصر. وتُسَلَّمُ الحنطة ونحوها نقية من التراب والمَدَرِ والشعير ونحو ذلك، وقليل التراب ونحوه يحتمل في الكيل لأنه لا يظهر فيه، لا في الوزن لظهوره فيه، ومع احتماله في الكيلِ: إن كان لإخراج التراب ونحوه مؤنة لم يلزمه قبوله كما حكاه في «الروضة» وأقرّه.

[حكم إجبار المُسْلِمِ على قبول المُسْلَم فيه قبل مَحِلِّهِ]

(ولو أحضره) أي المُسْلَمَ فيه المؤجّل (قبل مَحِلِّهِ) ـ بكسر الحاء ـ أي وقت حلوله (فامتنع المُسْلِمُ من قبوله لغرض صحيح؛ بأن كان حيوانًا) يحتاج لمؤنةٍ لها وَقْعٌ كما قيّده في «المحرّر» بذلك، فلو قَصُرَتِ المدة لم يكن له الامتناع. (أو وقت غارة) ـ والأفصح «إغَارَة» كما استعمله المصنف في باب الهدنة ـ أو كان تمرًا أو لحمًا يريد أكله عند المَحِلِّ طريًّا، أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة؛ كالحنطة الكثيرة (لم يجبر) على قبوله لتضرّره وإن كان للمؤدّي غرضٌ صحيحٌ في التعجيل.

تنبيه: لو عبّر بقوله «كَأنْ» ليشمل ما ذكرته لكان أَوْلى من التعبير: «بأنْ»؛ لأنه يوهم الحصر فيما ذكره، وليس مرادًا، ولكن يكثر في كلام الشيخين الإتيان بـ«أن» بدل

---

(١) في نسخة البابي الحلبي زيادة: «ولا يَصِحُّ».

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ أُجْبِرَ، وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الأَظْهَرِ.

«كأن»، ولكنه خلاف المصطلح عليه. وقوله: «أو وقت غارة» تقديره: «أو الوقت وقت غارة»، فلا يصح عطفه على خبر «كان».

(وإلَّا) بأن لم يكن للمُسْلِمِ غرض صحيح في الامتناع، (فإن كان للمؤدّي غرض صحيح) في التعجيل؛ (كفكّ رهن) أو براءة ضامن (أجبر) المُسْلِمُ على القبول؛ لأن امتناعه حينئذ تَعَنُّتٌ. (وكذا) يجبر عليه لخوف انقطاع الجنس عند الحلول، أو (لمجرد غرض البراءة) أي براءة ذمة المُسْلَمِ إليه (في الأظهر)، وكذا لا لغرضٍ كما اقتضاه كلام «الروض»؛ لأن الأجل حق المدين وقد أسقطه، فامتناعه من قبوله محض تعنت، فإن قيل: قد ذكروا في باب المناهي أن المدين إذا أسقط الأجل لا يسقط؛ حتى لا يتمكن المستحِقُّ من مطالبته، أجيب: بأن الإسقاط هنا وسيلة إلى الطلب المؤدّي للبراءة، والدفع محصِّل لها نفسها فكان أقوى، مع أن الأجل لم يسقط في الموضعين. والثاني: لا يجبر للمنّة. وعُلم مما تقرر أنه لو تعارض غرضاهما فالمرعيُّ جانب المستحِقِّ على الأصح كما أفهمه كلام المصنف، فإنه لم ينظر إلى غرض المؤدِّي إلَّا عند عدم غرض المستحِقِّ.

ويجبر الدائن على قبول كل دين حَالٍّ وإن كان غرض المدين غير البراءة، وعليه أو على الإبراء إن كان غرضه البراءة، قال السبكي: «هذا إذا أحضره من هو عليه، فإن تبرّع به غيره: فإن كان عن حيّ لم يجب القبول للمنّة، وإلَّا فإن كان المتبرِّع الوارث وجب القبول؛ لأنه يخلص التركة لنفسه، أو غيره ففيه تردّد جواب القاضي». انتهى، والظاهر عدم الوجوب. وحيث ثبت الإجبار وأصرّ على الامتناع قبضه الحاكم له.

تنبيه: لو أحضر المُسْلَمَ فيه الحالّ في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المُسْلِمُ على قبوله، أو لغرضها أجبر على القبول أو الإبراء، وقد يقال بالتخيير في المؤجّل والحالّ المُحْضَرِ في غير مكان التسليم أيضًا، وجرى عليه صاحب «الأنوار» في الثاني، والذي يقتضيه كلام «الروضة» وأصلها ـ وهو الأوجه ـ الإجبار فيهما على القبول فقط،

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحِلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمْهُ الأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا، وَإِلَّا فَالأَصَحُّ إِجْبَارُهُ.

والفرق أن المُسْلِمَ في مسألتنا استحق التسليم فيها لوجود زمانه ومكانه، فامتناعه عنه مَحْضُ عناد، فضيّق عليه بطلب الإبراء بخلاف ذينك.

[حكم ما لو وجد المسلِمُ المُسْلَمَ إليه بعد المَحِلِّ في غير مَحَلِّ التسليم]

(ولو وجد المُسْلِمُ المُسْلَمَ إليه بعد المَحِلِّ) ـ بكسر الحاء ـ (في غير مَحَلِّ التسليم) ـ بفتحها ـ وهو مكانه المتعين بالعقد أو الشرط، وطالبه بالمُسْلَمِ فيه (لم يلزمه) أي المُسْلَمَ إليه (الأداء إن كان لنقله) من محل التسليم إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المُسْلِمُ عن المُسْلَمِ إليه؛ لعدم التزامه لها ولتضرره بذلك، بخلاف ما لا مؤنة لنقله؛ كدراهم لا مؤنة لنقلها، أو تحمّلها المُسْلِمُ فإنه يلزمه الأداء؛ إذ لا ضرر عليه حينئذ.

تنبيه: أشار المصنف بنفي الأداء خاصّة إلى أن له الدعوى عليه وإلزامه بالسفر معه إلى مكان التسليم أو بالتوكيل، ولا يحبس.

(ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح)؛ لامتناع الاعتياض عنه كما مرَّ؛ لكن له الفسخ واسترداد رأس المال؛ كما لو انقطع المُسْلَمُ فيه.

(وإن) أحضره المُسْلَمُ إليه في غير محل التسليم فـ (ـامتنع) المُسْلِمُ (من قبوله هناك لم يجبر) على قبوله (إن كان لنقله) إلى مَحَلِّ التسليم (مؤنة، أو كان الموضع) المُحْضَرُ فيه أو الطريق (مخوفًا)؛ لتضرّره بذلك، فإن رضي بأخذه لم تجب له مؤنة النقل؛ بل لو بذلها لم يجز له قبولها لأنه كالاعتياض. (وإلّا) بأن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان الموضع أو الطريق مخوفًا (فالأصح إجباره) على قبوله لتحصل له براءة الذمّة، والخلافُ مبنيّ على القولين السابقين في التعجيل قبل الحلول لغرض البراءة، وقد مرَّ تعليلهما.

* * *

٣ـ فصلٌ [في القَرض]

الإِقْرَاضُ ....

(فصلٌ) في القَرض[١]

وهو بفتح القاف أشهر من كسرها، ومعناه: القطع، ويطلق[٢] اسمًا[٣] بمعنى الشيء المُقْرَضِ[٤]، ومصدرًا[٥] بمعنى «الإِقْرَاضِ».

(الإقراض) وهو تمليك[٦] الشيء على أن يردَّ بدله[٧]. وسُمّي بذلك؛ لأن المُقْرِضَ

(١) أي بيان حقيقته، وهو بفتح القاف أشهر من كسرها، ولشبهه بالسَّلم في الضابط الآتي جعله ملحقًا به فترجم له بـ«فصل»؛ بل هو نوع منه؛ إذ كلّ منهما يسمَّى سلفًا؛ «شرح م ر». وقال «ع ش»: قد يقال: مجرَّد تسمية كلّ منهما بذلك لا يقتضي أنه نوع منه لتغاير مفهوميهما؛ إذ السلم بيع موصوف في الذمَّة، والقرض تمليك الشيء على أن يردَّ بدله، فكيف يكون نوعًا منه مع تغاير حقيقتيهما؟ نعم تسمية كلّ منهما بذلك تقتضي أنَّ السلف مشترك بينهما؛ اللَّهمَّ إلّا أن يقال: إنَّ المراد بجعله نوعًا منه أن ينزَّل منزلة النوع لا أنَّه نوع حقيقة، وإنَّما نُزِّل منزلة النوع؛ لأنَّ كُلًّا منهما ثابت في الذمَّة. انتهى. وإنما عبَّر بـ«القرض» دون الإقراض؛ لأنَّ المذكور في الفصل لا يختص بالإقراض؛ بل غالب أحكامه الآتية في الشيء المقرض؛ كقوله: «وملك بقبضه»، وقوله: «وأداء وصفة ومكانًا كمُسْلَمٍ فيه»، وبعض الأحكام في القرض بمعنى الإقراض، فلذلك عبَّر الشارح بعبارة تطلق على العين وعلى الإقراض، فلو عبَّر بالإقراض لكانت الترجمة قاصرة، وهذا أَوْلَى مما في حاشية الشيخ. انتهى «رشيدي» على «م ر». وعبارة «ع ش»: وقوله: «في القرض» ولعلَّه آثره على ما في المتن لاشتهار التعبير به، وليفيد أنَّ له استعمالين، وبهذا اندفع عدم التطابق بين الترجمة والمتن. انظر: حاشية البجيرميّ على شرح منهج الطلاب، كتاب السَّلم، فصل في القرض، (٢/ ٤٥٧).

(٢) أي شرعًا.

(٣) أي اسم عينٍ لا اسم مصدر.

(٤) ومنه قوله تعالى: ﴿مَّن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾ [البقرة: ٢٤٥]، فهو مفعول به لا مصدر، وإلا كان القياس «إقراضًا»؛ «شوبري».

(٥) أي لقرضه.

(٦) أي شرعًا.

(٧) وما جرت به العادة في زماننا من دفع النقوط في الأفراح لصاحب الفرح في يده أو يد مأذونه هل يكون هبة أو قرضًا؟ أطلق الثاني جمعٌ، وجرى على الأوَّل بعضهم، قال: ولا أثر للعرف فيه =

مَنْدُوبٌ، ....

يقطع للمقترِضِ قطعةً من ماله، وتُسمِّيه أهلُ الحجاز «سَلَفًا». (مندوب) إليه بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، وقوله ﷺ: «مَنْ نَفَّسَ عَنْ أَخِيهِ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَاللهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[١] رواه مسلم، وفي صحيح ابن حبَّان عن ابن مسعود: «مَنْ أَقْرَضَ مُسْلِمًا دِرْهَمًا مَرَّتَيْنِ كَانَ لَهُ أَجْرُ صَدَقَةٍ مَرَّةً»[٢]، فإن قيل: يعارض هذا ما رَوَى ابن ماجه عن أنس أن النبي ﷺ قال: «رَأَيْتُ مَكْتُوبًا عَلَى بَابِ الجَنَّةِ لَيْلَةَ أُسْرِيَ بِي: الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا، وَالْقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ، فَقُلْتُ: يَا جِبْرِيلُ مَا بَالُ القَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ: لأَنَّ السَّائِلَ قَدْ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ، وَالْمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ»[٣]، أجيب: بأن الحديث الأول أصح؛ لأن هذا تفردّ به خالد بن يزيد الشامي، وهو ضعيفٌ عند الأكثرين. وقال ابنُ عمرَ: «الصَّدَقَةُ إِنَّمَا يُكْتَبُ لَكَ أَجْرُهَا حِيْنَ تَتَصَدَّقُ بِهَا، وَهَذَا يُكْتَبُ لَكَ أَجْرُهُ مَا كَانَ عِنْدَ صَاحِبِهِ»، نعم قد يجب لعارضٍ كالمضطر، وقد يَحرُمُ كما إذا غلب على ظَنِّه أنه يصرفه في معصية، وقد يُكره كما إذا غلب على ظَنِّه أنه يصرفه في

= لاضطرابه ما لم يقل: «خذه مثلًا» وينوى القرض، ويصدَّق في نيَّة ذلك هو ووارثه، وعلى هذا يحمل إطلاق من قال بالثاني، وجمع بعضهم بينهما بحمل الأوَّل على ما إذا لم يعتد الرجوع، ويختلف باختلاف الأشخاص والمقدار والبلاد، والثاني على ما إذا اعتيد، وحيث علم اختلاف تعيَّن ما ذكر؛ «شرح م ر» بحروفه.

(١) أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر / ٦٨٥٣/ .

(٢) أخرجه ابن حبَّان في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب الديون، ذكر كتبة الله عزَّ وجلَّ وعلا للمقرض مرتين الصدقة بإحداهما / ٥٠١٨/ بلفظ: «من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدَّق به».

قلت: وصحَّح الإمام الدمياطي هذا الحديث فقال: صح خبر: «من أقرض لله مرتين. . . » الحديث.

انظر: حاشية إعانة الطالبين، باب البيع، فصل: في القرض والرهن، (٣/ ٩٤) «بتحقيقنا».

(٣) أخرجه ابن ماجه، أبواب الصدقات، باب القرض / ٢٤٣١/ .

قال البوصيري في «مصباح الزجاجة»: في إسناده خالد بن يزيد بن عبد الرحمن بن أبي مالك؛ أبو هاشم المهداني الدمشقي؛ ضعفه أحمد وابن معين وأبو داود والنسائي وأبو زرعة والدارقطني وغيرهم.

وَصِيغَتُهُ: «أَقْرَضْتُكَ» أَوْ «أَسْلَفْتُكَ» أَوْ «خُذْهُ بِمِثْلِهِ» أَوْ «مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ».

وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ، . . . .

مكروهٍ. وفي «الروضة» في باب الشهادات أنه إنما يجوز الاقتراضُ لمن عَلِمَ من نفسهِ القدرةَ على الوفاء؛ إلَّا أن يَعلم المقرِضُ أنه عاجز عن الوفاء. ولا يحل له أن يُظْهِرَ الغنى ويخفي الفاقةَ عند القرض، كما لا يجوز إخفاء الغنى وإظهار الفاقة عند أخذ الصدقة.

تنبيه: كان ينبغي للمصنف أن يقول: «مندوب إليه» كما قدّرْتُهُ في كلامه، وصرَّح به صاحب «التنبيه»، وكذا في «المحكم» وغيره؛ لكن المعروف جَرُّهُ باللَّام، تقول: «نَدَبْتُهُ لكذا فانتدب له»؛ ذكره الجوهري، أما المندوب فهو الشخص نفسه.

[أركان القرض]

وأركانه: صيغةٌ وعاقدٌ ومعقودٌ عليه كالبيع. وبدأ **بالأوَّل** منها فقال:

[الركن الأوَّل: الصيغة]

(وصيغته) أي إيجابه (أقرضتُكَ أو أسلفتُكَ) هذا (أو «خذه بمثله» أو «مَلَّكْتُكَهُ على أن ترد بدله») أو «خذه واصرفه في حوائجك ورُدَّ بدله» كما في أصل «الروضة»، وأسقطه المصنف للاستغناء عن «واصرفه في حوائجك». وتقدم في البيع أن «خذه بكذا» أو نحوه كناية فيه فيأتي مثله هنا. ولو اقتصر على «مَلَّكْتُكَ» فهو هبة في الظاهر، والقول في ذكر البدل فيما لو اختلفا فيه قول الآخذ بيمينه؛ لأن الأصل عدم ذكره والصيغة ظاهرة فيما ادّعاه، وبهذا فارق ما لو اختلفا في كون العقد بيعًا أو هبة حيث يحلف كُلٌّ على نفي دعوى الآخر.

(ويشترط قبوله) أي الإقراض (في الأصح) كسائر المعاوضات. وشرط القبول الموافقة في المعنى كالبيع، فلو قال: «أقرضتُكَ ألفًا» فقبل خمسَمائةٍ أو بالعكس لم يصحّ وإن فرّق بعضهم: بأن المُقْرِضَ متبرع فلا يضر قبول بعض المسمَّى أو الزائد عليه، نعم القرض الحكميّ كالإنفاق على اللقيط المحتاج وإطعام الجائع وكسوة العاري لا يفتقر إلى إيجاب وقبول. والثاني: لا يشترط؛ لأن القرض مَكرمةٌ وإباحةٌ

وَفِي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ.

إتلافٍ بشرط الضمان. وظاهر أن الالتماس من المقرض ـ كـ «اقْتَرِضْ مني» ـ يقوم مقام الإيجاب، ومن المقترض ـ كـ «أَقْرِضْنِي» ـ يقوم مقام القبول كما في البيع.

تنبيه: ظاهر كلامه أن الإيجاب لا خلاف فيه، وليس مرادًا، فقد قال القاضي والمتولّي: الإيجاب والقبول ليسا بشرط؛ بل إذا قال: «أقرضني كذا» فأعطاه إياه، أو بعث إليه رسولًا فبعث إليه المال صحّ القرض. قال الأذرعي: «والإجماع الفعليُّ عليه، وهو الأقوى والمختار، ومن اختار صحة البيع بالمعاطاة كالمصنِّف قياسه اختيار القرض بها وَأَوْلَى بالصحة»، قال الغزي: «وهو سَهْوٌ؛ لأن شرط المعاطاة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو مفقود هنا».

[الركن الثاني: المقرِض]

ثم شرع في **الركن الثاني** فقال: (و) يشترط (**في المُقْرِضِ**) ـ بكسر الراء ـ زيادة على ما مرَّ في البيع (**أهلية التبرّع**) فيما يقرضه؛ لأن القرض فيه شائبة تبرّع، ولو كان معاوضة محضة لجاز للوليِّ غير القاضي قرضُ مال مَوْلِيِّهِ لغير ضرورة واللازم باطل، وأما القاضي فيجوز له من غير ضرورة ـ وإن صحّح السبكي منعه ـ بشرط يسار المقترض وأمانته، ويأخذ رهنًا إن رأى ذلك، وله أن يقرض من مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كُلُّهُ كما نقل عن النَّصِّ.

تنبيه: لم يتعرض المصنف كأصله لشرط المُسْتَقْرِضِ، ولا يشترط فيه إلَّا أهلية المعاملة.

ويُفْهَم من كلام المصنف أن الأعمى يصحّ قرضه واقتراضه إلَّا أن قبضه لا يكفي.

وأُوْرِدَ على المصنف المحجور عليه بسفهٍ، فإن تدبيره تبرّع وكذا وصيّته وتبرّعه بمنفعة بدنه الخفيفة ولا يصح إقراضه، فلو قال «التبرّع النَّاجز بالمال» أو ما قدرته لَخَرَجَ عن ذلك، وقد يجاب: بأن الألف واللام أفادت العموم، فكأنه قال أهلية جميع التبرّعات.

وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الأَظْهَرِ، . . . .

[الركن الثالث: المعقود عليه]

ثم شرع في الركن الثالث فقال: (ويجوز إقراض ما يُسْلَمُ فيه)؛ لصحة ثبوته في الذمة، و«لأنه ﷺ اقْتَرَضَ بَكْرًا»[1]، وقيس غيره عليه. وقضية كلامه صحة إقراض الدراهم والدنانير المغشوشة لصحة السَّلَمِ فيها بناءً على جواز المعاملة بها في الذمّة، وهو الراجح، ولأنها مِثْلِيَّةٌ. ولا فرق في ذلك بين أن يعرف قدر الغِشِّ أو لا وإن قيّده السبكي بما إذا عرف، ومنعه الروياني مطلقًا. والمراد ما يُسْلَمُ في نوعه، وإلَّا فالمعيَّن لا يُسْلَمُ فيه، والمُقْرَضُ لا فرق فيه بين أن يكون معينًا أو في الذمة؛ حتى إذا قال: «أقرضتك ألفًا» وقَبِلَ المقترض ثم تفرَّقا ثم سلَّم إليه ألفًا صحَّ إن لم يَطُلِ الفصل؛ لأن الظاهر أنه دفع الألف عن القرض، وإلَّا فلا يصحُّ، وعلّله في «الروضة» تبعًا للمذهب فقال: «لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل»، أما لو قال: «أقرضتُكَ هذه الألف» مثلًا وتفرقا ثم سلّمها إليه لم يضر وإن طال الفصل.

(إلَّا الجارية التي تَحِلُّ للمقترض) فلا يجوز إقراضها له ولو غير مشتهاة (في الأظهر)؛ لأنه قد يطؤها ويردّها؛ لأنه عقدٌ جائز من الطرفين يُثبت الرَّدَّ والاسترداد فيصير في معنى إعارة الجواري للوطء وهو ممتنع.

وخرج بذلك ما لو جعل رأس المال جاريةً يَحِلُّ للمُسْلَمِ إليه وطؤها وكان المُسْلَمُ فيه جارية أيضًا فإن له أن يردّها عن المُسْلَمِ فيه كما تقدم؛ لأن العقد لازم من الجهتين. والثاني: يجوز؛ قياسًا على ما لو وهب ولده جارية يَحِلُّ له وَطْؤُها مع جواز استرجاع الأب لها بعد وطء الولد، وأجاب الأول: بأن عقد الهبة لازم من جهة المُتَمَلِّكِ، وبأن عقد القرض مدلوله إعطاء شيء والرجوع فيه أو في بدله فكان كالإعارة، بخلاف الهبة.

واحترز بقوله: «تَحِلُّ للمقترض» عمّا لا تحلّ له لمحرميَّةٍ أو تَمَجُّسٍ أو نحوه، فإنه

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب جواز اقتراض الحيوان واستحباب توفيته خيرًا مما عليه / ٤١٠٩/ عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ قال: «استلف رسول الله ﷺ بكرًا بمثله؛ غير أنه قال: فإنَّ خير عباد الله أحسنهم قضاءً».

وَمَا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الأَصَحِّ.

يجوز أن يقرضها له. وقضية كلامهم جواز إقراض الملاعنة للملاعن؛ إذ علّةُ المنع خوف الوطء والرَّدّ وهي منتفية وإن قال الأذرعي: «الظاهر المنع لتحريم الخلوة وغيرها». وأنّ الأَمَةَ التي لا تَحِلُّ له في الحال ـ كأخت الزوجة وعمتها وخالتها ـ كذلك، قال الإسنوي: «وفيه نظرٌ، والمتجه المنع، وكلام بعضهم يشعر به». انتهى، وهو الظاهر، وفرّق بين المجوسية ونحوها وبين هؤلاء: بأنه يقدر على حِلّ أخت زوجته وعمتها وخالتها بأن يطلق زوجته، بخلاف حِلّ المجوسية ونحوها. وقضية الفرق أن المطلقة ثلاثًا يحلّ قرضها مطلقًا، وأنه يمتنع أقراض الخنثى لامتناع السَّلَمِ فيه، وهو ظاهر، وما قيل من جواز إقراضه لأن المانع وهو كونه جارية لم يتحقق قال الزركشي: «خطأٌ». ويجوز إقراض الأَمَةِ للخنثى كما قاله المصنف في «شرح مسلم» وإن نظر فيه السبكي بأنه قد يصير واضحًا فيطؤها ويردّها، وأنه يمتنع على الملتقِطِ تملك الجارية المُلْتَقَطَةِ التي تحلّ له، وبه صرّح الجرجاني، قال الأذرعي: «وقد يفرّق: بأن ظهور المالك ثَمَّ بعيد». انتهى، والفرق أظهر.

قال في «الروضة»: «ولا يجوز إقراض المنافع؛ لأنه لا يجوز السَّلَمُ فيها». ويؤخذ من تعليله أن محلّه في منافع العين المعينة، أما التي في الذمة فيجوز إقراضها لجواز السَّلَمِ فيها. ولا يجوز إقراض ماء القناة للجهل به.

(وما لا يُسْلَمُ فيه) ـ كالجارية وولدها والجواهر ونحوها ـ (لا يجوز إقراضه في الأصح)؛ لأن ما لا ينضبط أو يندر وجوده يتعذر أو يتعسر ردّ مثله. والثاني: يجوز كالبيع. والخلاف مبني على أن الواجب في المتقوِّم المثل أو القيمة كما صرَّح به في «المحرر»، إن قلنا بالأول ـ وهو الأظهر ـ لم يجز، وإلّا جاز، واسْتُثني من ذلك جواز قرض الخبز وزنًا؛ لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار وإن صحّح البغوي في «التهذيب» المنع، وقيل: يجوز عددًا أيضًا، ورجحه الخوارزمي في «الكافي».

وصرّح الماوردي بأنه لا يجوز إقراض العقار كما لا يجوز السَّلَمُ فيه، وما نقله ابن

وَيُرَدُّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلُ صُورَةً، وَقِيلَ: الْقِيمَةُ.

الرفعة عن الأصحاب واقتضاه كلام الشيخين في الشفعة من جواز إقراض جزء من دار محمولٌ ـ كما قاله السبكي ـ على ما إذا لم يزد الجزء على النصف فإن له حينئذٍ مثلًا فيجوز إقراضه كغيره.

ولا يصحّ قرض الرُّوبَةِ لاختلافها بالحموضة، وهي ـ بضم الراء ـ خميرة من اللبن الحامض تلقى على الحليب لِيَرُوبَ، قال في «الروضة»: وذكر في «التتمة» وجهين في إقراض الخمير الحامض: أحدهما: الجواز، ورجّحه بعض المتأخرين، وهو الظاهر؛ لاطّراد العادة به، خلافًا لما جزم به في «الأنوار» من المنع. قال السبكي: «والعبرة بالوزن كالخبز».

ولا يشترط في قرض الربوي القبض في المجلس وإلّا لجاز في غيره شرط الأجل واللازم باطل. ويشترط العلم بقدر المُقْرَضِ، فلو أقرضه كَفًّا من دراهم مثلًا لم يصح، نعم إن أقرضه على أن يستبين قدره ويرد مثله فإنه يصحّ كما في «الأنوار». ويجوز إقراض الموزون مكيلًا وعكسه إن لم يَتَجَافَ المكيال كالسَّلَمِ.

[ما يجب ردُّه في القرض]

(ويُرَدُّ) في القرض **(المثل في المثلي)**؛ لأنه أقرب إلى حقّه، ولو في نقدٍ بَطَلَ التعامل به. **(و)** يرد **(في المتقوّم المثل صورةً)**؛ لأنه ﷺ اقترض بَكْرًا ورَدَّ رباعيًا وقال: «إنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»[١] رواه مسلم، ولأنه لو وجبت قيمته لافتقر إلى العلم بها. وينبغي ـ كما قال ابن النقيب ـ اعتبار ما فيه من المعاني؛ كحرفة الرقيق وفراهة الدَّابَّةِ، فإن لم يتأتَّ اعتبر مع الصورة مراعاة القيمة. **(وقيل: القيمة)**؛ كما لو أتلف متقوّمًا، وعليه فالمعتبر قيمته يوم القبض إن قلنا: «يملك بالقبض»، وبالأكثر من وقت القبض إلى التصرّف إن قلنا: «يملك بالتصرف».

والقول في الصفة أو القيمة عند الاختلاف فيهما قول المستقرض بيمينه؛ لأنه

(١) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب جواز اقتراض الحيوان واستحباب توفيته خيرًا مما عليه /٤١٠٨/ بلفظ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاءً».

وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الإِقْرَاضِ.
وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ، . . . .

غارم. وأداء القرض في الصفة والزمان والمكان كالمُسْلَمِ فيه، ومعلوم أنه لا يكون إلَّا حالًّا.

[حكم ما إذا ظفر المقرض بالمقترض في غير محلِّ الإقراض وللنقل مؤنة]

(ولو ظفر) المُقْرِضُ (به) أي المُقْتَرِضِ (في غير مَحَلِّ الإقراض وللنقل) من محلِّه إلى غيره (مؤنة طالبه بقيمة بلد الإقراض)؛ لأنه محلّ التملُّك يوم المطالبة؛ لأنه وقت استحقاقها، وإنما جاز ذلك لجواز الاعتياض عنه، بخلاف نظيره في السَّلَمِ كما مرَّ، فعُلم أنه لا يطالبه بمثله إذا لم يتحمل مؤنة حمله لما فيه من الكلفة، وأنه يطالبه بمثل ما لا مؤنة لحمله، وهو كذلك، فالمانع من طلب المثل عند الشيخين وكثيرٍ مؤونة الحمل، وعند جماعة منهم ابن الصباغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض، ولا خلاف في الحقيقة ـ كما قال شيخي ـ بين كلام الشيخين وغيرهما؛ لأن من نظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأَوْلى؛ لأن المدار حصول الضرر، وهو موجود في الحالين. وينقطع بأخذ القيمة حق المقرض؛ لأنها للفيصولة لا للحيلولة، فلو اجتمعا ببلد الإقراض لم يكن للمقرض ردّها وطلب المثل، ولا للمقترض استردادها.

[حكم القرض بشرط جَرِّ النَّفع للمقرِضِ]

(ولا يجوز) الإقراض في النقد وغيره (بشرط) جَرِّ نفعٍ للمقرض؛ كشرط (ردّ صحيح عن مُكَسَّرٍ، أو) ردّ (زيادة) أو ردّ جيد عن رديء، ويفسد بذلك العقد على الصحيح؛ لحديث: «كُلُّ قَرْضٍ يَجُرُّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»[1]، وهو إن كان ضعيفًا فقد روى

(١) ذكره السيوطي في «الجامع الصغير مع زيادة الفتح الكبير»، حرف الكاف / ٨٧٦٣/ . والهندي في «كنز العمال»، كتاب الدين والسلم، الباب الثاني: في الترهيب عن الاستقراض من غير ضرورة / ١٥٥١٦/ قلت: وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب البيوع، باب القرض / ١٢٢٧/ وقال: قال عمر بن بدر في «المغني»: «لم يصح فيه شيءٌ»، وأما إمام الحرمين فقال: «إنه =

وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ، وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ لَغَا الشَّرْطُ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ.

البيهقي معناه عن جمع من الصحابة، والمعنى فيه أن موضوع العقد الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقًّا خرج عن موضوعه فمنع صحته.

[حكم ردِّ المقترض زيادةً على القرض دون شرط]

(ولو ردّ هكذا) أي زائدًا في القدر أو الصفة (بلا شرط فَحَسَنٌ)؛ بل مستحبٌّ للحديث السابق: «إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»[1]، ولا يكره للمقرض أخذه، ولا أخذ هدية المستقرض بغير شرط، قال الماوردي: «والتَّنَزُّهُ عنه أَوْلَى قبل ردّ البدل». وأما ما رواه البخاري وغيره مما يدل على الحرمة فبعضه شُرِطَ فيه أَجَلٌ، وبعضه محمول على اشتراط الهدية في العقد. وفي كراهة الإقراض ممن تعوّد رَدَّ الزيادة وجهان: أوجههما: الكراهة.

[حكم اشتراط ما فيه ارتفاقٌ للمقترض أو للمقرض]

(ولو شرط) أو يردّ (مكسَّرًا عن صحيح)، أو رديئًا عن جيد، (أو أن يقرضه غيره)، أو شيئًا آخر (لغا الشرط) أي لا يعتبر، (والأصح أنه لا يفسد العقد)؛ لأنه وعدٌ بإحسانٍ لا جَرّ منفعة للمقرض بل للمقترض، والعقد عقد إرفاق، فكأنه زاد في الإرفاق. والثاني: يفسد؛ لمنافاته مقتضى العقد، فإن قيل: هذا هو المصحّح في نظيره من الرهن كما سيأتي فيحتاج إلى الفرق، أجيب: بقوة داعي القرض لأنه سُنّة، بخلاف الرهن، وأيضًا وضع القرض على جَرِّ المنفعة إلى المستقرض، فكيف يفسد القرض باشتراطه؟!

= صح»، وتبعه الغزالي. وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» من حديث عليٍّ باللفظ الأول، وفي إسناده سوار بن مصعب، وهو متروك. ورواه البيهقي في «المعرفة» عن فضالة بن عبيد موقوفًا بلفظ: «كُلُّ قرضٍ جَرَّ منفعةً فهو وجهٌ من وجوهِ الرِّبا»، ورواه في «السُّنن الكبرى» عن ابن مسعود وأُبيِّ بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفًا عليهم.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاستقراض، باب حسن القضاء/ ٢٢٦٣/ بلفظ الترجمة. وأخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب جواز إقراض الحيوان واستحباب توفيته خيرًا مما عليه/ ٤١٠٨/ بلفظ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاءً».

وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الأَصَحِّ. وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ. وَيُمْلَكُ الْقَرْضُ بِالْقَبْضِ، وَفِي قَوْلٍ: بِالتَّصَرُّفِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الأَصَحِّ.

(ولو شرط أجلًا فهو؛ كشرط مكسَّرٍ عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض)؛ لارتفاق المستقرض بالأجل، فعلى هذا يصحّ العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف؛ لكن يندب الوفاء بالأجل؛ لأنه وعد كما في تأجيل الدين الحالّ، قال ابن الرفعة: «وغير الأجل مما ذكر في معناه»، نعم إن أوصى بذلك أو نذره لزم إنفاذ وصيته والوفاء بالنذر؛ لكن ليس هذا بتأجيل؛ بل تأخير طلب مع حلول الدين، ويظهر أثر هذا في الزكاة.

(وإن كان) للمقرض غرض في الأجل؛ (كزمن نهبٍ) والمستقرضُ مليءٌ كما قيّداه في «الشرح» و«الروضة» (فكشرط صحيح عن مكسَّرٍ في الأصح)؛ لما فيه من جرّ المنفعة، فيفسد العقد. والثاني: يصح ويلغو الشرط.

(وله) أي للمقرض (شرط رهن وكفيل) وإشهاد وإقرار به عند حاكم؛ لأن ذلك توثقة للعقد لا زيادة فيه، فله إذا لم يُوَفِّ المقترض به الفسخُ على قياس ما ذكر في اشتراطها في البيع وإن كان له الرجوع بلا شرط كما سيأتي؛ لأنه يبقى رجوع بلا سبب.

[ما يُملك به القرضُ]

(ويُملك القرض) أي المُقْرَضُ (بالقبض) وإن لم يتصرف فيه كالموهوب وأَوْلَى؛ لأن للعوض مدخلًا فيه، ولأنه لو لم يملك به لامتنع عليه التصرّف فيه. (وفي قول:) يملك (بالتصرُّف) المزيل للملك؛ بمعنى أنه يتبين به الملك قبله. وفائدة الخلاف تظهر في المنفعة، وفيما لو استقرض من يعتق عليه.

(وله) أي للمُقْرِضِ (الرجوع في عينه ما دام باقيًا) في ملك المقترض (بحاله في الأصح)؛ لأن له طلب بدله عند فقده، فالمطالبة بعينه أَوْلَى لأنه أقرب منه، ويلزم

. . . .

المقترض ردّه. والثاني: لا يرجع فيه؛ بل للمقترض أن يؤدي حقّه من موضع آخر كسائر الديون. والخلافُ على القول بأنه يملك بالقبض وإلَّا رجع فيه جزمًا.

واحترز بقوله: «بحاله» عمّا لو وجده مرهونًا أو مكاتبًا أو جنى فتعلَّقَ الأرشُ برقبته فإنه لا رجوع له. ولو ردّه المقترض بعينه لزم المقرض قبوله قطعًا، نعم إن نقص فله قبوله مع الأرش أو مثله سليمًا؛ قاله الماوردي. ولو زاد رجع في زيادته المتصلة دون المنفصلة. ويَرِدُ على المصنف ما لو وجده مؤجّرًا أو مدبّرًا أو معلَّقًا عتقه بصفةٍ فإنه يرجع فيه مع صدق أنه ليس بحاله، فلو عبّر بقوله: «ما لم يبطل به حق لازم» لكان أَوْلَى، ولا أرش له فيما إذا وجده مؤجّرًا؛ بل يأخذه مسلوب المنفعة. ولو زال ملكه ثم عاد فوجهان، وقياس نظائره الرجوع، وبه جزم العمراني وإن أفهم كلام المصنف خلافه، والله أعلم.

فائدة: روى ابن ماجه أن النبي ﷺ قال: «مَنِ اسْتَقْرَضَ فِي حَاجَةٍ غَيْرِ مَكْرُوهَةٍ فَاللهُ مَعَهُ»، وكان راويه عبدالله بن جعفرٍ يقول كُلَّ ليلة لوكيله: «اقْتَرِضْ لِي شَيْئًا لِأَبِيْتَ واللهُ مَعِي»[1].

خاتمة: لو قال لغيره: «خذ من مالي الذي لي في جهة زيدٍ ألفًا قرضًا» فأخذها منه، فإن كان ما في جهة زيد دينًا عليه لم يصحّ قرضها؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلًا لغيره، وإنما ذلك توكيلٌ بقبض الدين، فلا بدّ من قرضٍ جديدٍ. أو عينًا ـ كوديعة ـ صحَّ قرضًا. قال الماوردي: ولو قال لغيره: «اقْتَرِضْ لي مائة ولك عليّ عشرة» فهو جعالة، فلو أن المأمور أقرضه من ماله لم يستحقَّ العشرة. ولو قال لغيره: «ادْفَعْ مائةً قرضًا عليَّ إلى وكيلي فلان» فدفع، ثم مات الآمر فليس للدافع مطالبة الآخذ؛ لأنه لم يأخذه لنفسه، وإنما هو وكيلٌ عن الآمر وقد انتهت وكالته بموته، وليس للآخذ الرّدّ عليه، فإن رَدّ ضمنه للورثة، وحق الدافع يتعلّق بتركه الميت عمومًا لا بما دفع خصوصًا؛ لأن الحق قد انتقل للغير.

---

(١) أخرجه ابن ماجه، كتاب الصَّدقات، باب من ادّانَ دينًا وهو ينوي قضاءه / ٢٤٠٩ / . قال البوصيريُّ في «مصباح الزُّجاجة»: إسناده صحيح.

. . . .

[حكم القرض للأعراض]

قال القرطبي: لا يمتنع القرض للأعراض لقصة أبي ضمضم[(١)]، وهي ما رواه ابن عدي في «الكامل» والبزار والبيهقي وأبو داود في «المراسيل»: لمّا أمرَ النبيُّ ﷺ بالصَّدَقَةِ وَحَثَّ عليها قال: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَتَصَدَّقُ بِعِرْضِي عَلَى مَنْ نَالَهُ مِنْ خَلْقِكَ»، فَأَمَرَ رسولُ الله ﷺ مُنَادِيًا فَنَادَى: أَيْنَ المُتَصَدِّقُ بِعِرْضِهِ؟ فقال: فقالَ له النبيُّ ﷺ: «إنَّ اللهَ قَدْ قَبِلَ صَدَقَتَكَ»[(٢)]. وفي الحديث: «أَقْرِضْ مِنْ عِرْضِكَ لِيَوْمِ عَرْضِكَ»[(٣)].

* * *

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب ما جاء في الرجل يحلُّ الرجل قد اغتابه / ٤٨٨٧/ عن عبد الرحمن بن عجلان قال: قال رسول الله ﷺ: «أيعجز أحدُكم أن يكون مثل أبي ضمضمٍ؟ قالوا: ومن أبو ضمضمٍ؟ قال: رجل فيمن كان قبلكم؛ قال: عرضي لمن شتمني».

(٢) أخرجه ابن عساكر في «معجم الشيوخ»، (١/ ٢٢٥)، الحديث رقم / ٢٥٧/ . والبيهقيُّ في «شعب الإيمان»، (١٠/ ٤٢٠)، الحديث رقم / ٧٧٢٩/ .

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب الزكاة، باب فيمن تصدق بعرضه / ٤٦٣٣/ وقال: رواه البزار، وفيه محمد بن سليمان بن مشمولٍ، وهو ضعيف.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٨/ ١٦٩)، الحديث رقم / ١٧/ عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: «إن قارضتَ الناسَ قارضوك، وإن تركتَهُم لم يتركوكَ. قال: فما تأمرني؟ قال: أقرض من عرضِكَ ليوم فقركَ».

قال ابن حجر: سنده صحيح؛ رجاله كلُّهم ثقاتٌ.

انظر: المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، (١٣/ ١٧٥).




كِتَابُ الرَّهْنِ







١١ - كتاب الرهن

. . . .

كتاب الرَّهن

[تعريف الرَّهن لغةً وشرعًا]

هو لغةً: الثبوت[١] والدوام، ومنه الحالة الراهنة؛ أي الثَّابتةُ. وقال الماوردي: هو الاحتباس، ومنه: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]. وشرعًا: جَعْلُ عينِ[٢] مالٍ وثيقةً بدينٍ يُستوفى[٣] منها[٤] عند تعذُّر وفائه.

---

(١) هذا ظاهر بناء على أنَّه مصدر «رهن» لازمًا بمعنى دام وثبت. و«رهن» أفصح من «أرهن»؛ بل منع الأزهري الثانية كما ذكره الشوبري.

(٢) مصدر مضاف لمفعوله بعد حذف الفاعل؛ تقديره: «جعل المالك أو من قام مقامه عينًا وثيقة. . . إلى آخره». ودخل تحته العقد والصيغة. وقوله: «عين مال» هي المرهون، وقوله: «وثيقة بدين» هو المرهون به، فاشتمل التعريف على الأركان. وقوله: «يُستوفى» تفسير لقوله «وثيقة»، وخرج بهذا القيد غير المملوك كالموقوف والمغصوب.

(٣) أي الدين أو بعضه منها، فلا يشترط كون المرهون قدر الدين، فلو رهن عنده حُجَّةَ بيتٍ مثلًا كانت تلك الورقة وحدها مرهونة، وأمَّا البيت فلا يحصل قبضه إلَّا بالتخلية. وهذا ـ أعني قوله: «يستوفى منه» ـ ليس من التعريف؛ بل بيان لغايته، وقيل: إنَّه منه لإخراج ما لا يصحّ الاستيفاء منه كالموقوف.

(٤) «من» ابتدائية، فيشمل ما إذا كانت العين أقلَّ من الدين أو مساوية له، وجعلُها تبعيضيَّة يقتضي أنَّ الرهن أكثر قيمة منها مع أنَّه ليس بلازم كما قرّره شيخنا. وقال «ق ل»: وعلم من ذلك أنَّه لا يلزم كون المرهون على قدر الدين إلَّا في رهن وليٍّ على مال محجور. انتهى. وقوله: «عند تعذُّر» ليس بقيدٍ؛ بل جريٌ على الغالب. وقوله: «وفائه» قال الرمليُّ: للحاكم تعزير الممتنع من أداء دين عليه بعد طلب مستحقّه منه بحبس أو ضرب وإن زاد على التعزير؛ بل وإن أدى إلى موته؛ لأنَّه بحقٍّ فلا ضمان فيه؛ «ق ل» على «المحليّ»، وعبارة ابن حجر: عزَّره بالضرب والحبس إلى أن يبيعه ـ أي المرهون ـ ويكرِّر ضربه؛ لكن يمهل في كلِّ مرَّة حتَّى يبرأ من الألم الأوَّل؛ لئلا يؤدِّي إلى قتله؛ خلافًا لما أطال به السبكيُّ.

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الرهن، (٣/ ٨٤).

. . . .

[دليل مشروعيّة الرهن]

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وخبر الصحيحين: «أَنَّهُ ﷺ رَهَنَ دِرْعَهُ[١] عِنْدَ يَهُودِيٍّ يُقال لَهُ أَبو الشَّحْمِ عَلَى ثَلَاثِيْنَ[٢] صَاعًا مِنْ شَعِيْرٍ لِأَهْلِهِ[٣]»[٤]، ثم قيل: إنه افتكّه قبل موته؛ لخبر: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ ـ أي محبوسةٌ في القبر غير منبسطة مع الأرواح في عالم البرزخ، وفي الآخرة مُعَوَّقة عن دخول الجنَّة ـ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ»[٥]، وهو ﷺ منزَّهٌ عن ذلك، والأصح أنه لم

---

(١) وآثره على بعض الصحابة لِيَسْلَمَ من نوع مِنَّةٍ أو تكلُّف مياسير أصحابه بإبرائه، أو عدم الأخذ منه، أو بيانًا لجواز معاملة أهل الكتاب. وقيل: لأنَّه لم يكن عند أحد من مياسير المدينة طعام فاضل عن حاجته غير اليهوديِّ؛ «دميري على المنهاج». والصحيح أنَّه مات ﷺ ولم يفتكَّه؛ «حج» ومثله «شرح م ر»، وإنما افتكَّه سيدنا علي بعد موته، وقيل: افتكَّه أبو بكر بعد موته، وقال «ق ل»: الراجح أنه افتكَّه قبل موته، ولكن لم يأخذه من اليهوديِّ، فتوهَّم بعضهم بعدم أخذه أنه استمرَّ على رهنه، فتأمَّل، ومثله «البرماويُّ على المنهج»؛ لكن الذي اعتمده «ع ش» الأول. وخبر: «نفس المؤمن مرهونة بدينه» ـ أي محبوسة في القبر غير منبسطة مع الأرواح في عالم البرزخ، وفي الآخرة معوقة عن دخول الجنَّة حتَّى يُقضى عنها ـ محمولٌ على من لم يخلف وفاء، وعلى غير الأنبياء تنزيهًا لهم، وعلى غير من لم يقصِّر وهو معسر وفي عزمه الوفاء، فلا تحبس نفسه لأنَّه معذور. انتهى «ع ن» على «المنهج»، ومفهومه أن من خلَّف وفاء لا يحبس وإن لم يقض؛ لأنَّ التقصير حينئذٍ من الورثة فالإثم عليهم لتعلُّقِ الدين بالتركة.

انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الرهن، (٣/ ٨٥).

(٢) أي على ثمنها.

(٣) أي اشتراها لأهله. والمعتمد أنَّ نفقتهم واجبة عليه ﷺ؛ خلافًا للسبكيِّ وغيره القائلين: إنَّها لا تجب عليه.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة /١٩٦٢/ عن أُمِّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ اشترى طعامًا من يهودي إلى أجل، ورهنه درعًا من حديد».
وأخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر /٤١١٥/ بمثل لفظ البخاري رحمه الله تعالى.

(٥) أخرجه الترمذي في «جامعه»، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «نفس المؤمن معلَّقة بدينه حتى يقضى عنه» /١٠٧٩/ وقال: هذا حديث حسن.
وأخرجه ابن ماجه، أبواب الصدقات، باب التشديد في الدين /٢٤١٣/. والحاكم في =

. . . .

يَفْتَكَّه؛ لقول ابن عباس: «تُوُفِّيَ النَّبِيُّ ﷺ وَدِرْعُهُ مَرْهُوْنَةٌ عِنْدَ يَهُوْدِيٍّ»(١)، والخبر محمولٌ على غير الأنبياء تنزيهًا لهم، أو على من لم يُخَلِّفْ وفاءً وقَصَّرَ(٢)، أما من لم يُقَصِّرْ بأن مات وهو معسر وفي عزمه الوفاء فلا تُحبس نفسه. فإن قيل: هَلَّا اقترضَ رسولُ الله ﷺ من المسلمين؟ أجيب: بأنَّهُ ﷺ فعل ذلك بيانًا لجواز معاملة أهل الكتاب، وقيل: لأنه لم يكن عند أحد من مياسير أهلِ المدينةِ من المسلمين طعامٌ فاضل عن حاجته.

[أنواع الوثائق بالحقوق]

والوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادةٌ، ورهنٌ، وضمانٌ. فالأُوْلَى لخوف الجحد، والأخيرتان لخوف الإفلاس.

[أركان الرهن]

وأركان الرهن أربعة(٣): صيغةٌ، وعاقدٌ، ومرهونٌ، ومرهونٌ به. وقد بدأ المصنف رحمه الله تعالىٰ بالأوَّل فقال:

= «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٢١٩/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يُخرجاه. قال الذهبي في «التلخيص»: على شرط البخاري ومسلم.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده»، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ /٢٧٢٤/ عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: «أن النَّبِيَّ ﷺ التفت إلى أحدٍ فقال: والذي نفس محمَّدٍ بيده ما يسرُّني أن أُحُدًا يحوَّل لآل محمدٍ ذهبًا أنفقه في سبيل الله أموت يوم أموت أدع منه دينارين إلا دينارين؛ أعدهما لدين إن كان. فمات وما ترك دينارًا ولا درهمًا، ولا عبدًا ولا وليدةً، وترك درعه مرهونةً عند يهودي على ثلاثين صاعًا من شعيرٍ».

قال محقِّقه العلامة أحمد محمد شاكر: إسناده صحيح.

وأخرجه الطبراني في «المعجم الكبير»، (٩/ ٤٦٦)، الحديث رقم /١١٥٣١/.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب الزكاة، باب في الإنفاق /٤٦٨١/ وقال: رواه الطبراني في «الكبير»، ورجاله موثقون.

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «أي وقصَّر».

(٣) أي إجمالًا وإلَّا فستَّة تفصيلًا.

لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيْجَابٍ وَقَبُولٍ.

فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهَنِ بِهِ، أَوْ مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالإِشْهَادِ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ صَحَّ الْعَقْدُ. وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ الشَّرْطُ، . . . .

[الركن الأول: الصيغة]

(لا يصح إلَّا بإيجاب وقبول)، أو ما يقوم مقامهما على الشرط المعتبر في البيع؛ لأنه عقد مالي فافتقر إليهما كالبيع. والقول في المعاطاة والاستيجاب مع الإيجاب، والاستقبال مع القبول هنا كالبيع، وقد مرَّ بيانه، وصورة المعاطاة هنا ـ كما ذكره المتولّي ـ أن يقول له: «أقرضني عشرةً لأعطيك ثوبي هذا رهنًا» فيُعطى العشرة ويُقبضه الثوب. (فإن شرط[1] فيه) أي الرهن (مقتضاه[2] كتقدُّم المرتهن به) أي المرهون عند تزاحم الغرماء ليستوفي منه دينه، (أو) شرط فيه (مصلحة للعقد؛ كالإشهاد) به[3]، (أو ما لا غرض فيه) كأن[4] يأكل الرقيق المرهون كذا (صحَّ العقد) في الأقسام الثلاثة كالبيع، ولغا الشرط الأخير.

(وإن شرط ما يضرّ المرتهن) وإن لم ينتفع به الراهن ـ كشرط أن لا يبيعه إلَّا بعد شهر، أو بأكثر من ثمن المثل، أو لا يبيعه عند المَحِلِّ، أو يكون مضمونًا، أو لا يقدم به ـ (بطل الرهن) أي عقده؛ لإخلال الشرط بالغرض منه. (وإن نفع) الشرط (المرتهن وضرَّ الراهن؛ كشرط) زوائد المرهون أو (منفعته للمرتهن[5]؛ بطل الشرط) لحديث:

---

(١) فلا يضرُّ الفصل به بين الإيجاب والقبول؛ كما لا يضرُّ الفصل بينهما في البيع بما هو من مقتضاه.

(٢) أي ما يقتضيه العقد؛ أي ما كان موضوعًا له والمصلحة أعمُّ من ذلك.

(٣) أي العقد. والباء بمعنى «على»؛ إذ الإشهاد فيه مصلحة للراهن؛ لأنَّه إذا لم يشهد على العقد ربَّما أنَّ المرتهن يدَّعي أنَّه وهبه أو باعه له وقبض ثمنه. وفيه مصلحة للمرتهن أيضًا؛ لأنَّه لو لم يشهد لربَّما يدَّعي الراهن أنَّه عارية أو غصب.

(٤) في نسخة البابي الحلبي: «كأن لا يأكل».

(٥) هذا إذا أطلق في ذلك، فلو قدَّرها وكان الرهن مشروطًا في بيع فإنَّه يصحُّ؛ لأنَّه جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وهو جائز، وصورتها ـ كما قاله الزياديُّ ـ: أن يقول: «بعتك عبدي بمائة ـ مثلًا ـ=

وَكَذَا الرَّهْنُ فِي الأَظْهَرِ. وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ.

«كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ»[١]، (وكذا) يبطل (**الرهن في الأظهر**)؛ لمخالفة الشَّرْطِ مقتضى العقد؛ كالشرط الذي يضر المرتهن. والثاني: لا يبطل؛ بل يلغو الشرط ويصح العقد؛ لأنه تبرُّعٌ فلم يؤثر فيه ذلك؛ كالقرض، وتقدم الفرق بينهما. ولو شرط ما يضر الراهن أو المرتهن في بيع بَطَلَ البيع أيضًا لفساد الشرط، ومحلُّ البطلان: إذا أطلق المنفعة، فلو قدَّرها وكان الرهن مشروطًا في بيع ـ كقوله: «وتكون منفعته لي سَنَةً» ـ فهو جَمْعٌ بين بيع وإجارة في صفقة، وهو جائز.

(**ولو شرط أن تحدث زوائدُهُ**) أي المرهون ـ كصوفه وثمره وولده ـ (**مرهونة فالأظهر فساد الشرط**)؛ لأنها معدومة ومجهولة. والثاني: لا؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لم يتعدَّ للزوائد لضعفه، فإذا قوي بالشرط سَرَى. واحترز بـ«الزوائد» عن الأكساب فإن اشتراطها باطل على القولين. قال الماوردي: «ولو شرط أن تكون المنافع مرهونةً بطل قطعًا». (و) الأظهر (**أنه متى فسد**) الشرط المذكور (**فسد العقد**)؛ يعني أنه يفسد بفساد الشرط، وهذان القولان هما القولان في فساد الرهن بفساد شرط النافع للمرتهن، وقد مرَّ توجيههما، فلو قال: «كشرط منفعته للمرتهن أو أن تحدث زوائده مرهونة... إلى آخره» كان أخصر وأوضح.

= بشرط أن ترهنني بها دارك، وأن تكون منفعتها لي سنةً»، فبعض العبد مبيع وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار، تأمَّل هذا التصوير فإنَّ كثيرًا من الناس يعجز عنه، وقد ظفرت به في بعض «شروح التنبيه» للزنكلونيّ بعد التوقُّف فيه كثيرًا والسؤال عنه كثيرًا، فيوزَّع العبد على المنفعة والمائة.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب العتق، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس / ٢٤٢٤/ بلفظ: «فأيُّما شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل».
وأخرجه مسلم، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق / ٣٧٧٩/ بلفظ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله عزَّ وجلَّ فهو باطلٌ».

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ: كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ، فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

[الركن الثاني: العاقدان]

ثم شرع في الركن الثاني ـ وهو العاقد ـ فقال: (وشرط العاقد) من راهنٍ ومرتهنٍ (كونه مطلق التصرّف) أي بأن يكون من أهل التبرّع[1] مختارًا؛ كما في البيع ونحوه، (فلا يرهن الولي) أبًا كان أو غيره (مال الصبيِّ والمجنون ولا يرتهن لهما)، أما الرهن فلأنه يمنع من التصرّف في المرهون، فهو حبس لمالهما بغير عوضٍ. وأما الارتهان فلأن الولي في حال الاختيار لا يبيع إلَّا بحالٍّ مقبوضٍ قَبلَ التسليم فلا ارتهان. والسفيه كالصبي والمجنون فيما ذكر، فلو قال: «ولا يرهن الولي مال محجوره» لشمله، أو يقول: «الولي» ويطلق. (إلَّا لضرورة أو غبطة ظاهرة[2]) فيجوز له الرهن[3] والارتهان فيهما دون غيرهما. مثالهما[4] للضرورة: أن يرهن على ما يقترض لحاجة المؤنة[5] يوفي مما ينتظر من غلّة أو حلول دين أو نفاق متاع[6] كاسدٍ[7]، وأن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجّلًا لضرورة نهب أو نحوه[8]. ومثالهما للغبطة[9]: أن يرهن

---

(١) اعترض بأنَّ الراهن هنا لم يتبرع بشيء؛ بل فوائد العين المرهونة له، والمرتهن دينه بحاله، فلا تبرَّع هنا، فكان الأَوْلَى التعبير بـ«الرشد».

(٢) احترز بذلك عمَّا لو اشترى متاعًا بمائة مؤجَّلة، وهو يساوي مائة حالَّة، فإنَّ الغبطة في هذه الصورة موجودة؛ لكنَّها لا تظهر لكلِّ أحد، وعبارة «الشوبريِّ»: «أو غبطة ظاهرة» سيأتي في الشركة أنَّ الغبطة مال له وقع ـ أي قدر ـ لا يتسامح ـ أي لا يُتساهل ـ به، فانظر ما مفاد قوله: «ظاهرة». انتهى، ويجاب: بأنَّ معنى قوله: «ظاهرة»؛ أي متحقِّقة للوليِّ.

(٣) هذا جواز بعد امتناع فيصدق بالوجوب، فيجب عليه ذلك للمصلحة. انتهى «برماوي».

(٤) أي الرهن والارتهان.

(٥) أي حاجة شاقَّة ليلائم قوله: «إلَّا لضرورة... إلى آخره»، وبهذا اندفع ما يقال: الحاجة أعمُّ من الضرورة، فإنَّها تشمل التَّفكُّه وثياب الزينة، فكيف تُفسَّر الضرورة بذلك؟ انتهى «ع ش».

(٦) أي رواج، يقال: «نفقت السِّلعة والمرأة نفاقًا» ـ بالفتح ـ: كثر طلَّابها.

(٧) أي بائر.

(٨) كتلف.

(٩) وإذا رهن فلا يرهن إلَّا من أمينٍ آمنٍ؛ «شرح المنهج».

وَشَرْطُ الرَّهْنِ: كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الأَصَحِّ، ....

ما يساوي مائة[١] على ثمن ما اشتراه بمائة نسيئة وهو يساوي مائتين[٢]، وأن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئةً لغبطة كما سيأتي في باب الحجر. وإنما يجوز بيع ماله مؤجَّلًا لغبطة من أمينٍ غنيٍّ وبإشهادٍ وأجلٍ قصير في العرف، ويشترط كون المرهون وافيًا بالثمن، فإن فُقِدَ شرط من ذلك بطل البيع. وإن باع ماله نسيئةً أو أقرضه لنهبٍ ارتهن جوازًا إن قاضيًا وإلَّا فوجوبًا، فإن خاف تلف المرهونِ فالأَوْلى أن لا يرتهن؛ لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكمٍ يرى سقوط الدين بتلف المرهون.

تنبيه: قد علم مما تقرَّرَ أنه لو عبَّر بما قدّرته لكان أَوْلى من التعبير بـ«مطلق التصرّف» الذي فرّع عليه قوله: «فلا يرهن الوليُّ»؛ لأنهم صرّحوا بأنه مطلق التصرّف في مال محجوره غير أنه لا يتبرع به.

وحيث جاز الرهن والارتهان جاز للأب والجَدِّ أن يعاملاه بأنفسهما ويتولّيا الطرفين، وليس لغيرهما ذلك. ورهن المكاتب وارتهانه كالولي فيما ذكر، وكذا العبد المأذون له في التجارة إن أعطاه سيّده مالًا، وإلَّا فإن اتّجر بجاهه ـ بأن قال له سيّده: «اتّجر بجاهِكَ» ولم يعطه مالًا ـ فكمطلق التصرُّف ما لم يربح، فإن ربح ـ بأن حصل في يده مالٌ ـ كان كما لو أعطاه مالًا. قال الزركشي: وحيث منعنا المكاتَب فيستثنى رهنه وارتهانه مع السَّيِّد، وما لو رهن على ما يؤدّي به النجم الأخير لإفضائه إلى العتق.

[الركن الثالث: المرهون]

ثم شرع في **الركن الثالث** ـ وهو المرهون ـ فقال: (وشرط الرهن) أي المرهون (كونه عينًا) يصح بيعها (في الأصح)؛ فلا يصحّ رهن دينٍ ولو ممّن هو عليه[٣]؛ لأنه

---

(١) أي حالَّةً، قال ابن حجر: فلو امتنع البائع إلَّا برهن ما يزيد على المائة ترك الشراء خلافًا لجمع. انتهى.

(٢) أي حالَّةً؛ «ع ش».

(٣) أي ولو عند من هو عليه؛ كأن يكون لك على شخص دين فتشتري منه شيئًا بثمن مؤجَّل وترهن عليه الدين الذي في ذمته، وتقدَّم أنَّه يصحُّ بيع الدين، فيكون من المستثنيات من قولهم: «كلُّ ما جاز بيعه جاز رهنه».

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ ....

غير مقدور على تسليمه[١]. والثاني: يصح رهنه؛ تنزيلًا له منزلة العين. ولا يصح رهن منفعة جزمًا ـ كأن يرهن سكنى داره مدة ـ لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق. ومحلّ المنع في الابتداء فلا ينافي كون المرهون دينًا أو منفعة بلا إنشاء؛ كما لو مات عن المنفعة وعليه دين، أو أتلف المرهون فبدله في ذمة الجاني رهن على الأرجح في «زوائد الروضة». ولا رهن عين لا يصح بيعها؛ كوقف[٢] ومكاتب وأمِّ ولدٍ.

[حكم رهن المُشاع]

(ويصح رهن المُشَاعِ[٣])؛ كرهن كُلِّهِ من الشريك وغيره، ولا يحتاج إلى إذن الشريك، ويقبض بتسليم كُلِّهِ كما في البيع، فيكون بالتخلية في غير المنقول[٤] وبالنقل في المنقول. ولا يُشترط إذن الشريك في القبض إلَّا فيما ينقل؛ لأنه لا يحصل قبضه إلَّا بالنقل كما مرَّ. ولا يجوز نقله[٥] بغير إذن الشريك، فإن أبى الإذن: فإن رضي المرتهن بكونه في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وإن تنازعا[٦] نصب الحاكم عدلًا

(١) وذلك لأنَّ ما في الذِّمَّة لا يُملك، والمأخوذ عمَّا في الذِّمة مثله لا عينه، فكان غير مقدور عليه بهذا الاعتبار.

(٢) أي موقوفٍ؛ لأنَّه خرج عن الملك، وشرط المرهون أن يكون مملوكًا.

(٣) أي عقارًا أو غيره؛ أخذًا من كلامه بعدُ. وقوله: «من الشريك»؛ أي له.

(٤) ولا بدَّ من التفريغ ليحصل القبض الشرعيُّ.

(٥) أي فيحرم، ولكن يصحّ وتصير حصَّة شريكه مضمونة عليه، فما ذكره غير محتاج إليه من حيث صحَّة القبض؛ بل لتكون حصَّة الشريك أمانة تحت يده. والفرق بين المنقول وغيره: أنَّ وضع يد المرتهن عليه حسيٌّ وعلى غيره حكميٌّ فلم يحتج فيه للإذن، فافهم.
وقال «ع ش»: قوله: «ولا يجوز نقله... إلى آخره»؛ أي يحرم ويصحُّ، وخرج به العقار فيجوز بغير إذن الشريك، وينبغي أنه لو تلف حينئذٍ عدم الضمان، ويوجَّه بأن اليد عليه ليست حِسِّيَّةً؛ لأنه لا تعدي في قبضه لجوازه. انتهى.
قال السبكي: النقل يحصل به القبض بإذن الشريك أو بغيره؛ لكن لا يحلُّ إلَّا بإذن الشريك، فالموقوف على إذن الشريك في المنقول حِلُّ القبض لا صحَّته. انتهى «شوبري».

(٦) أي المرتهن وشريك الراهن.

وَالأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ، وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ، وَالأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ.

يكون في يده لهما، ويؤجّره إن كان مما يؤجّر، وتجري المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين.

[حكم رهن الأمِّ دون ولدها والولد دون أمِّه]

(و) يصح رهن (الأمِّ) قال الشارح: «من الإماء» (دون ولدها) غير المُمَيِّز، (وعكسه) أي رهنه دونها؛ لأن المِلْكَ فيهما باقٍ فلا تفريق، وهو في الأمِّ عيب يفسخ به البيع المشروط فيه الرهن إن جهل المرتهن كونها ذات ولد. فإن قيل: ما فائدة قول الشارح: «من الإماء» مع أن المتن أعمُّ من ذلك؟ أجيب: بأنه حمل كلامه على كلام الأصحاب؛ إذ كلامهم في الأَمَةِ، وأيضًا جميع الأحكام الآتية إنما تتأتّى فيها.

(وعند الحاجة) إلى توفية الدين من ثمن المرهون (يباعان) معًا؛ حذرًا من التفريق بينهما المنهي عنه[١]. (ويوزَّع الثمن) عليهما كما قال: (والأصح أن تُقَوَّمَ الأمُّ وحدها) إذا كانت هي المرهونة، فَتُقَوَّم موصوفةً بكونها ذات ولد حاضنة له، فإذا قيل: «قيمتها مائة» مثلًا حفظ، (ثم) تُقَوَّمَ (مع الولد)، فإذا قيل: «قيمتهما مائة وخمسون» مثلًا (فالزائد) على قيمتها ـ وهو خمسون ـ (قيمته)، فيوزع الثمن على هذه النسبة فيكون للمرتهن ثُلُثَا الثمن يقضي منه الدين، وللراهن الثلث لا تَعَلُّقَ للمرتهن به. والأصحّ في صورة رهن الولد دونها أن التقويم ينعكس، فَيُقَوَّم الولد وحده محضونًا مكفولًا، ثم مع أمِّه، فالزائد قيمة الأمِّ. وحكم الولد مع الأب وغيره ممن يمتنع التفريق بينهما كحكمه مع الأمِّ.

---

(١) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»، (٤/ ٣٣)، الحديث رقم /٣٠٤٩/ عن عبادة بن الصامت قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يُفَرَّق بين الأمِّ وولدها». وقال: عبد الله هذا ـ أحد رجال الحديث ـ هو الواقعيُّ، وهو ضعيفُ الحديث، رماه عليُّ بن المدينيِّ بالكذب، ولم يروِهِ عن سعيدٍ غيره.
وكذا أخرجه الحاكم في «المستدرك»، (٢/ ٦٤)، الحديث رقم /٢٣٣٥/ ، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتعقَّبه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: موضوع، وابن حسَّان كذَّاب.

وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا. وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَمُعَلَّقِ الْعِتْقِ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُوْلَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

[حكم رهن الجاني والمرتدِّ والمدبَّر والمعلَّق عتقه بصفة]

(ورهن الجاني والمرتدِّ كبيعهما)، وتقدَّم في البيع أنه لا يصح بيع الجاني المتعلِّق برقبته مالٌ، بخلاف المتعلِّق بها قَوَدٌ أو بذمته مال، وفي الخيار أنه يصح بيع المرتد. وإذا صحَّ رهن الجاني لا يكون مختارًا للفداء بخلاف بيعه على وجه؛ لأن محلَّ الجناية باقٍ في الرهن بخلافه في البيع. ورهن المحارب صحيح أيضًا كبيعه. (ورهن المدبر) وهو المعلَّقُ عتقه بموت سيِّده باطل على المذهب وإن جاز بيعه؛ لما فيه من الغرر؛ لأن السيد قد يموت فجأة فيبطل مقصود الرهن، وقيل: يجوز كبيعه، قال في «الروضة»: «وهو قوي في الدليل»، وقيل: على قولين مبنيَّين على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة، فإن قلنا بالأول جاز وكان رجوعًا، أو بالثاني فلا، وهذه الطريقة أقرب إلى القياس.

(و) رهن (معلّق العتق بصفة) تتقدم على حلول الدين؛ بأن يتيقن الحلول بعد وجود الصفة، وكذا لو احتمل الأمران، أو علمت المقارنة أو لم تعلم؛ بل كان (يمكن سبقها حلول الدين باطلٌ على المذهب) إذا لم يشرط بيعه قبل وجودها لما فيه من الغرر؛ لأنه رهن ما لا يمكن الاستيفاء منه، وقيل فيه قول آخر: إنه يجوز، وهو مخرج من رهن ما يتسارع إليه الفساد، وفرّق الأول: بأن الظاهر في هذا من جهة الراهن بيعه إذا خشي تلفه وجعل ثمنه رهنًا، والظاهر في ذلك بقاؤه على الوفاء به لغرضه في تحصيل العتق. فإن شرط بيعه قبل وجود الصفة، أو تيقن حلوله قبلها؛ بأن رهنه بحالٍّ أو مؤجّل يحلُّ قبل وجودها بزمن يَسَعُ البيع صحّ الرهن جزمًا، ولا بدّ من هذا القيد فيما إذا كان الدين حالًا، وإذا كان كذلك فالمدبّر لا يعلم فيه ذلك، فسقط ما قيل: إن التدبير تعليق عتق بصفةٍ على الأصح، فكان ينبغي أن يصح بالدين الحالّ كالمُعَلَّق عتقه بصفة كما قاله البلقيني، أو يمنع فيهما كما قاله السبكي وقال: «إنه مقتضى إطلاق النصوص». انتهى. وفرّق بعضهم: بأن العتق في المدبر آكد منه في المعلَّقِ عتقه بصفة؛ بدليل أنهم

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ: فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ ـ كَرُطَبٍ ـ فُعِلَ، وَإِلَّا فَإِنْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعْلَ الثَّمَنِ رَهْنًا صَحَّ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا، وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَسَدَ فِي الأَظْهَرِ. . . . .

اختلفوا في جواز بيعه دون المعلَّقِ بصفة؛ أي ولأن بعض المذاهب يمنع صحة بيع المدبر، فإن لم يبع المعلَّق عتقه بصفة حتى وجدت عتق كما رجّحه ابن المقري؛ بناءً على أن العبرة في العتق المعلَّقِ بحال التعليق لا بحال وجود الصفة، وللمرتهن الخيار بالعتق في فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن جهل التعليق كما في رهن الجاني.

[حكم رهن ما يُسرع الفساد إليه]

(ولو رهن ما يسرع فساده) بمؤجّل يحلّ بعد الفساد أو معه أو قبله بزمن لا يَسَعُ البيع، (فإن أمكن تجفيفه؛ كرُطَبٍ) يجيء منه تمر، أو عنب يجيء منه زبيب، أو لحم طريّ يتقدّد (فُعِلَ) حفظًا للرهن، والمجفِّفُ له هو المالك، ومؤنته عليه كما قاله صاحب «المطلب». أما إذا كان يحلّ قبل فساده بزمن يَسَعُ البيع فإنه يباع على حاله.

(وإلّا) أي وإن لم يمكن تجفيفه كالثمرة التي لا تجفف واللَّحم الذي لا يتقدّد والبقول ينظر: (فإن رهنه بدين حالّ أو مؤجّل يحلّ قبل فساده) بزمن يَسَعُ بيعه فيه على العادة، (أو) يَحِلُّ بعد فساده أو معه؛ لكن (شرط) في هاتين الصورتين (بيعه) عند إشرافه على الفساد (وجعل الثمن رهنًا) مكانه (صحّ) الرهن في الصُّور كُلِّهَا؛ لانتفاء المحذور. فإن قيل: شرط جعل ثمنه رهنًا ينافيه ما يأتي من أن الإذن في بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهنًا لا يصح، أجيب: بأن ذلك اغتفر هنا للحاجة.

(ويباع) المرهون وجوبًا في الصورتين الأخيرتين (عند خوف فساده)؛ عملًا بالشرط وحفظًا للوثيقة، وكذا يباع في الصورتين الأوليين كما في «الروضة» وأصلها، (ويكون ثمنه رهنًا) مكانه في الصور كُلِّهَا بلا إنشاء عقد.

(وإن شرط منع بيعه) قبل الحلول (لم يصح) الرهن؛ لمنافاة الشرط لمقصود التوثّق. (وإن أطلق) بأن لم يشرط واحدًا منهما (فسد) الرهن (في الأظهر)؛ لتعذّر

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الأَجَلِ صَحَّ فِي الأَظْهَرِ. . . . .

الوفاء منه؛ لأن البيع قبل المحلِّ لم يؤذن فيه وليس من مقتضى الرهن، وهذا ما عزاه الرافعي في «الشرح الكبير» إلى تصحيح العراقيين، وهو المعتمد. والثاني: يصح، وعزاه الرافعي في «الشرح الصغير» إلى تصحيح الأكثرين، وقال الإسنوي: «إن الفتوى عليه، ويباع عند تعرّضه للفساد؛ لأن الظاهر أنه لا يقصد إتلاف ماله».

(**وإن لم يعلم هل يفسد**) المرهون (**قبل**) حلول (**الأجل صحّ**) الرهن المطلق (**في الأظهر**)؛ لأن الأصل عدم فساده قبل الحلول. والثاني: يفسد؛ لجهلنا إمكان البيع عند المحلِّ، وهو نظير ما صحّحه في المعلَّق عتقه بصفة لا يعلم تتقدّم أو تتأخَّر، وفرّق الأوّل: بأن سبب الفساد ثَمَّ ـ وهو التعليق ـ موجود عند ابتداء الرهن بخلافه هنا، وبأن علامة الفساد هنا تظهر دائمًا بخلافها ثَمَّ، وبأن الشخص ليس له غرضٌ في إتلاف ماله وله غرض في عتقه؛ لتشوّف الشارع إليه.

ولو أذن الراهن للمرتهن في بيع المرهون فَفَرَّطَ بأن تركه، أو لم يأذن له وترك الرفع إلى القاضي كما بحثه الرافعي وقوّاه المصنف ضمن، فإن قيل: سيأتي أنه لا يصح بيع المرتهن إلَّا بحضرة المالك، فينبغي حمل الصورة الأُولى عليه، أجيب: بأن بيعه ثَمَّ إنما امتنع في غيبة المالك لكونه للاستيفاء، وهو متّهم بالاستعجال في ترويج السلعة، بخلافه هنا فإن غرضه الزيادة في الثمن ليكون وثيقة له.

ولو رهن الثمرة مع الشجر صحَّ مطلقًا، إلَّا إن كان الثمر لا يتجفف فله حكم ما يسرع إليه الفساد، فيصح تارة ويفسد أخرى. ويصحّ في الشجر مطلقًا، ووجهه عند فساده في الثمرة البناءُ على تفريق الصفقة. وإن رهن الثمرة مفردة: فإن كانت لا تتجفَّف فهي كما يتسارع إليه الفساد، وقد تقدَّم حكمه، وإن كانت تتجفَّف جاز رَهْنُها ولو قبل بُدُوّ الصلاح وبغير شَرْطِ قَطْعٍ؛ لأن حق المرتهن لا يبطل باحتياجها، بخلاف البيع فإن حَقَّ المشتري يبطل. ولو رهنها بمؤجَّل يحلُّ قبل الجداد وأطلق الرهن ـ بأن لم يشرط القَطْعَ ولا عدمه ـ لم يصح؛ لأن العادة في الثمار الإبقاء إلى الجداد، فأشبه ما لو رهن شيئًا على أن لا يبيعه عند المحلّ إلَّا بعد أيام، ويجبر الراهن على إصلاحها

وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَضَهُ لِلْفَسَادِ - كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ - لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ: عَارِيَةٌ، . . . .

من سَقْيٍ وجدادٍ وتجفيف ونحوها، فإن ترك إصلاحها برضا المرتهن جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما وهما مُطْلَقا التصرّف، وليس لأحدهما منع الآخر من قطعها وقت الجداد، أما قبله فلكلٍّ منهما المنع إن لم تَدْعُ إليه ضرورة. ولو رهن ثمرةً يُخْشَى اختلاطها بدين حالٍّ أو مؤجّل يحلّ قبل الاختلاط أو بعده بشرط قطعها قبله صحَّ إذ لا مانع، وإن أطلق الرهن صحَّ على الأصح، فإن اختلط قبل القبض حيث صحَّ العقد انفسخ لعدم لزومه، أو بعده فلا، ثم إن اتفقا على كون الكُلِّ أو البعض رهنًا فذاك، وإلّا فالقول قول الراهن في قدره بيمينه. ورهن ما اشتد حَبُّهُ من الزرع كبيعه، فإن رهنه مع الأرض أو منفردًا وهو بَقْلٌ فَكَرَهْنِ الثمرة مع الشجرة أو منفردة قبل بدو الصلاح وقد مرَّ.

[حكم رهن ما لا يُسرع فساده ثم طرأ عليه ما يفسده]

(وإن رهن ما لا يسرع فساده فطرأ ما عَرَّضَهُ للفساد) قبل الحلول؛ **(كحنطة ابتلّت لم ينفسخ الرهن بحال)** وإن تعذّر تجفيفها؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء؛ ألا ترى أن الآبق لا يصح بيعه، ولو أبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ؟ فكذا هنا، وسواء طرأ قبل القبض أم بعده؛ بل يجبر الراهن عند تعذّر تجفيفه على بيعه وجعل ثمنه رهنًا مكانه حفظًا للوثيقة.

[مطلبٌ في جواز استعارة الشيء ليرهنه الرجل بدينه]

(ويجوز أن يستعير شيئًا ليرهنه) بدينه؛ لأن الرهن توثُّقٌ، وهو يحصل بما لا يملكه؛ بدليل الإشهاد والكفالة، بخلاف بيع مِلْكِ غيره لنفسه لا يصح؛ لأن البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المُثْمَنَ. وشمل كلامهم الدراهم والدنانير فتصح إعارتهما لذلك، وهو المتّجه - كما قاله الإسنوي - وإن لم تصح إعارتهما لغير ذلك.

(وهو) أي عقد الاستعارة بعد الرهن **(في قول: عارية)** أي باقٍ عليها لم يخرج عنها

وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ، فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الأَصَحِّ، فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ، . . . .

من جهة المعير إلى ضمان الدين في ذلك الشيء وإن كان يباع فيه كما سيأتي. (**والأظهر أنه ضمان دين**) من المعير (**في رقبة ذلك الشيء**) المرهون؛ لأنه كما يملك أن يلزم ذمته دين غيره ينبغي أن يملك إلزام ذلك عين ماله؛ لأن كلًّا منهما محل حقّه وتصرّفه، فعُلم أنه لا تعلَّق للدين بذمته؛ حتى لو مات لم يحلَّ الدين، ولو تلف المرهون لم يلزمه الأداء (**فيشترط**) على هذا (**ذكر جنس الدين**)؛ ككونه ذهبًا أو فضة، (**وقدره**)؛ كعشرة أو مائة، (**وصفته**) من صحة وتكسُّرٍ وحلول وتأجيل؛ لاختلاف الأغراض بذلك كما في الضمان. (**وكذا المرهون عنده**) فيشترط ذكره (**في الأصح**) لما مرَّ. والثاني: لا يشترط؛ لضعف الغرض فيه، ولا يشترط شيء مما ذكر على قول العاريَّةِ. ومتى خالف ما عيّنه له بطل الرهن على القولين للمخالفة، لا إن رهن بأقل مما عيّنه له ـ كأن يّن له ألف درهم فرهنه بمائة ـ فلا يبطل؛ لرضا المعير به في ضمن رضاه بالأكثر. هذا ذا كان من جنسه، فلو قال: «ارهنه بمائة دينار» فرهنه بمائة درهم لم يصحّ؛ لاختلاف الأغراض بذلك. ولو رهنه بأزيد مما عيّنه بَطَلَ في الجميع لا في الزائد فقط؛ للمخالفة وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين. ولو استعاره ليرهنه عند واحد فرهنه عند اثنين أو عكسه لم يَصِحَّ لاختلاف الأغراض بذلك؛ إذ في الأُولى قد يبيع أحد المرتهنين المرهون دون الآخر، فيتشقّص المِلْكُ على المُعِير، وفي الثانية لا ينفكّ منه شيءٌ بأداء بعض الدين، بخلاف ما لو رهنه من اثنين فإنه ينفك بأداء نصيب أحدهما ما يخصّه من المرهون. ولو قال له المالك: «ضمنتُ ما لفلان عليك في رقبة عبدي» من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن.

(**فلو تلف**) المرهون المعار بعد رهنه، أو بيع في جنايته (**في يد المرتهن فلا ضمان**) على المرتهن بحال؛ لأنه أمين، ولا على الراهن على قول الضمانُ؛ لأنه لم يسقط الحَقُّ عن ذمته، ويضمنه على قول العاريَّة. أما إذا تلف في يد الراهن فعليه ضمانه؛ لأنه مستعير ولم يتم عليه حكم الضمان. ولو أعتقه المالك فكإعتاق المرهون فينفذ قبل

وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ، وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يُقْضَ الدَّيْنُ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ.

قبض المرتهن له مطلقًا، وبعده من الموسر دون المعسر. ولو أتلفه إنسان أُقِيمَ بدله مقامه كما قال الزركشي: «إنه ظاهر كلامهم».

(ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن) على القولين، وإلَّا لم يكن لهذا الرهن معنى؛ إذ لا وثوق به. وأفهم جواز الرجوع قبل قبضه، وهو كذلك على القولين؛ لعدم لزومه، وللمرتهن حينئذ فسخ بيع شَرَطَ فيه رهن ذلك إن جهل الحال. وإذا كان الدين مؤجّلًا وقبض المرتهن المعار فليس للمالك إجبار الراهن على فَكِّهِ، (فإذا حَلَّ الدين أو كان حالًّا) وأمهله المرتهن فللمالك ذلك، فإن طالبه وامتنع من أداء الدين، (روجع المالك للبيع) فقد يريد فداءه، ولأن المالك لو رهن عن دين نفسه لوجبت مراجعته فهنا أَوْلى. (و) بعد ذلك (يباع) المعار (إن لم يُقْضَ الدين) من جهة المالك أو الراهن على القولين وإن لم يأذن المالك، وسواء أكان الراهن معسرًا أم موسرًا؛ كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصيل وإعساره. (ثم يرجع المالك) على الراهن (بما بيع به) المرهون؛ لانتفاع الراهن به في دينه، سواء بيع بقيمته أم بأكثر أم أقلَّ بقدرٍ يتغابن الناس بمثله. هذا على قول الضمان، وأما على قول العارية فيرجع بقيمته إن بيع بها أو بأقل، وكذا بأكثر عند الأكثرين؛ لأن العارية بها تضمن. وقال القاضي أبو الطيب وجماعة: «يرجع بما بيع به؛ لأنه ثمن ملكه»، قال الرافعي: «وهذا أحسن»، زاد في «الروضة»: «هذا هو الصواب». وإن قُضِيَ من جهة الراهن انفكَّ الرهن ورجع المالك في عين ماله، فإن قضاه المالك انفك الرهن ورجع بما دفعه على الراهن إن قضى بإذنه، وإلَّا فلا رجوع له؛ كما لو أدَّى دين غيره في غير ذلك، فإن قيل: الرهن بالإذن كالضمان به، فيرجع وإن قضى بغير الإذن أيضًا، أجيب: بأن محلَّ ذلك إذا قضى من ثمن المرهون كما مرَّ، أما إذا قضى من غيره كما هنا فلا. وحاصله: قصر الرجوع فيهما على محل الضمان، وهو هنا رقبة المرهون وَثَمَّ ذمة الضامن. فإن أنكر الراهن الإذن فشهد به المرتهن للمعير قُبِلَ؛ لعدم التهمة، ويصدق الراهن في عدم الإذن؛ لأن الأصل عدمه.

. . . .

ولو رهن شخص شيئًا من ماله عن غيره بإذنه صحَّ، ويرجع عليه إن بيع بما بيع به، أو بغير إذنه صحَّ ولم يرجع عليه بشيء؛ كنظيره في الضمان فيهما. ولو قال المديون لغيره: «ارهن عبدك مثلًا بديني من فلان» فرهنه فهو كما لو قبضه ورهنه.

[الركن الرابع: المرهون به]

ثم شرع في الركن الرابع ـ وهو المرهون به ـ مترجمًا له بـ«فصلٍ»، فقال:

١ ـ فصلٌ [في شروط المرهون به ولزوم الرَّهن]

شَرْطُ الْمَرْهُوْنِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا . . . .

فصلٌ [في شروط المرهون به ولزوم الرَّهن]

[شرط المرهون به]

(شرط المرهون به[١] كونه دينًا)[٢] فلا يصح الرهن بالعين[٣] مضمونة كانت ـ كالمغصوب كما سيأتي ـ أو أمانة؛ كالمودوع ومال القراض؛ لأنه تعالىٰ ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها، ولأنها لا تُستوفى[٤] من ثمن المرهون، وذلك مخالف لغرض الرهن[٥] عند البيع. ومن هنا[٦] يؤخذ بطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتابًا ويشرط أن لا يعار أو لا يخرج[٧] من مكان يحبسه فيه إلَّا برهن، وبه صرَّح الماوردي وإنْ أفتى القفَّال بخلافه، وبحث السبكي بحثًا حسنًا، وهو أن الواقف

---

(١) أي عليه.

(٢) أطلق في الدين فشمل دَيْنَ الزكاة إذا تعلَّقت بالذِّمَّة لا بالعين، وشمل المنفعة إذا تعلَّقت بالذمَّة لا بالعين.

(٣) أي عليها، فالباء بمعنى «على».

(٤) أي ليست ديونًا حتَّى تستوفى من ثمن المرهون. فإن قيل: لِمَ لا يصحُّ الرهن ليستوفى منه قيمة تلك الأعيان إذا تلفت؛ لأنَّها تصير ديونًا؟ أجيب: بأنَّ الدين يشترط فيه أن يكون ثابتًا، وهذا لم يثبت؛ أي لأنَّها ما دامت باقية لا يتصوَّر استيفاء ذاتها من ثمنها، وأما إن تلفت: فإن كانت غير مضمونة فلا دين أصلًا، وإن كانت مضمونة فيجب بدلها ويصير دينًا على واضع اليد؛ لكن هذا الدين إنَّما وجد وثبت بعد تلفها، وهو بعد الرهن، فوقت الرهن لم يكن هناك دينٌ، فهو رهن على ما لم يثبت.

(٥) أي الغرض منه.

(٦) أي من عدم صحَّة الرهن على العين، أو من التعليل؛ أعني قوله: «لأنَّها لا تستوفى».

(٧) حاصله: أنَّ الواقف إن أراد بشرط الرهن معناه الشرعيَّ لغا الشرط، وللناظر إخراج الموقوف بلا رهن. وإن أراد به اللغويَّ بمعنى التوثُّق صحَّ الشرط، ولا يجوز للناظر إخراجه إلَّا برهن وافٍ به؛ «ق ل». وإن أطلق ففيه احتمالان؛ أقربهما: الصحَّة؛ صونًا لكلامه عن الهذيان، ولا يخرج إلا برهن يساوي قيمته لو أريد بيعه، والوقف صحيح مطلقًا؛ «أج». وعبارة المدابغيِّ: قوله: «وذلك لا يصح»؛ أي الشرط لا يصحّ مطلقًا، سواء أراد الرهن الشرعيّ أو اللغويّ، وهذا هو المعتمد؛ كذا بخطِّ «أج»، وصرَّح به «سم»، فاعتمد كلام الشارح وضعَّف كلام «ق ل».

. . . .

إن عَنَى الوقف الشرعي لم يصحّ، أو اللُّغوي وهو أن يكون المرهون تذكرة صحّ، وإن لم يعرف له إرادة فالأقرب صحّته، ويُحمل على الثاني تصحيحًا للكلام ما أمكن، واعترض الزركشي قوله: «إن الأقرب صحّته» وحمله على اللُّغوي: بأن الأحكام الشرعية لا تتبع اللُّغَةَ، وكيف يحكم بالصحة مع أنه لا يجوز له حبسه شرعًا، وأي فائدة في الصحة حينئذ؟. انتهى. وضَعَّفَ بعضهم ما أفتى به القفال: بأن الراهن أحد المستحقّين[١]، والراهن لا يكون مستحِقًّا[٢]؛ إذ المقصود[٣] بالرهن الوفاء من ثمن المرهون[٤] عند التلف، وهذا الموقوف لو تلف بغير تَعَدٍّ[٥] ولا تفريط لم يضمن[٦]، وعلى إلغاء الشرط[٧] لا يجوز إخراجه برهنٍ لتعذّره، ولا بغيره، فكأنه قال: «لا يخرج

(١) أي للموقوف.

(٢) أي لا يكون مستحقًّا لما يرهن عليه، وقضّيته أنه لو لم يكن من أحد المستحقّين ـ بأن كان موقوفًا على طائفة ليس هو منها ـ أنّه يصحّ، وليس كذلك؛ لأنّ هذه العلّة وإن انتفت لكن خلفتها علّة أخرى وهي عدم الاستيفاء من ثمن المرهون. انتهى.

(٣) علّة لقوله: «ولا يصحُّ»، وقال بعضهم: «ظاهره أنه تعليلٌ لما قبله»، ولا يظهر، وهو في الحقيقة وجهٌ ثانٍ لتضعيف كلام القفال، فلو قال: «ولأنّ. . . إلى آخره» لكان أَوْلَى.

(٤) أي الذي رهن عند مباشرة الوقف. وقوله: «عند التلف»؛ أي تلف الذي أخذ من الوقف.

(٥) ليس قيدًا، وهذا إذا كان الراهن من جملة الموقوف عليهم، أمّا إذا لم يكن فهو قيد في عدم الضمان وإلّا ضمن.

(٦) أي فلا فائدة للرهن، فكان شرطه باطلًا، وبفرض الضمان لا فائدة للرهن؛ لأنّه لا يستوفى من المرهون؛ لأنّ قيمته بعد تلفه دينٌ حدث بعد الرهن فلا يُستوفى منه.

(٧) أي المستفاد من قوله: «لا يصحّ»، فكأنه قال: لا يخرج أصلًا؛ أي إن تيسّر الانتفاع به في محلّه وإلا أخرج، وأما إذا لم يلغ شرط الرهن ـ بأن أريد الرهن اللغويّ ـ فلا يخرج إلا برهن وافٍ؛ لكن ليس رهنًا شرعيًا؛ بل للتوثق فقط. قال السبكيُّ: إن عنى الرهن الشرعيّ فباطل، أو اللغويّ وأراد أن يكون المرهون تذكرة صحّ، وإن جهل مراده احتمل بطلان الشرط حملًا على الشرعيّ، فلا يجوز إخراجه برهن لتعذُّره، ولا بغيره لمخالفته الشرط أو لفساد الاستثناء، فكأنّه قال: لا يخرج مطلقًا؛ لأن خروجه مظنّة ضياعه، واحتمل صحّته حملًا على اللغويّ وهو أقربُ؛ تصحيحًا للكلام ما أمكن. انتهى «ش م ر»، ثم قال «م ر»: واعلم أن محلّ عدم اعتبار شرط إخراجه وإن ألغينا شرط الرهن ما لم يتعسّر الانتفاع به في ذلك المحلّ وإلّا جاز إخراجه، والمعتمد أن الوقف صحيح مطلقًا»

ثَابِتًا لَازِمًا، ....

مطلقًا»؛ نعم[١] إن تعسّر الانتفاع به في المحلّ الموقوف[٢] فيه ووثق بمن ينتفع به في غير ذلك المحلّ أنه يردّه[٣] إلى محلّه بعد قضاء حاجته جاز إخراجه[٤] كما أفتى به بعض المتأخرين.

[شروط الدَّين المرهون به]

ويشترط في الدين ثلاثة شروط:

أحدها: كونه (ثابتًا[٥])، فلا يصحّ بغيره[٦]، سواء أوجد سبب وجوبه ـ كنفقة زوجته في الغد ـ أم لا؛ كَرَهْنِهِ على ما سيقترضه كما سيأتي؛ لأن الرهن وثيقة حَقٍّ فلا تقدَّم عليه كالشهادة، فلو ارتهن قبل ثبوت الحَقِّ وقبضه كان مأخوذًا على جهة سوم الرهن، فإذا استحقّت المنفعة أو استقرض لم يَصِرْ رهنًا إلَّا بقبض جديد.

ثانيها: كونه معلومًا[٧] للعاقدين، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح كما في الضمان؛ ذكره المتولّي وغيره، ونَصُّ «الأمِّ» يشهد له.

ثالثها: كونه (لازمًا) فلا يصحّ بما لا يلزم ولا يؤول إلى اللزوم[٨] كَمَالِ الكتابةِ كما

= قصد الشرعيَّ أو اللغويَّ، وهو الحبس؛ لكن مع إلغاء الشرط فقط. وقال «سم على حج»: المعتمد بطلان الشرط المذكور مطلقًا، ولا يعوَّل على كلام السبكيِّ. انتهى «أ ج».

(١) استدراكٌ على قوله: «لا يجوز إخراجه... إلى آخره».

(٢) كخزائن الأزهر، فإنه لا يمكن الجلوس فيها للمطالعة؛ بخلاف ما إذا كان المحلُّ خلوةً كبيرةً فإنَّه يمكن الانتفاع فيها. والظاهر أنَّ مثل التعذّر ما إذا كان المحلُّ الموقوف فيه خارج الأزهر وأراد بعض النَّاس أن يأخذ من الوقف للحضور فيه في الأزهر؛ أفاده السَّجينيُّ.

(٣) هو بدلٌ من قوله: «بمن ينتفع به»؛ أي وثق بِرَدِّهِ إلى محلّه.

(٤) عبارة «ق ل»: ولا يجوز الإخراج إلَّا برهنٍ وافٍ به ليكون باعثًا على ردِّه، ولا يستوفى منه الموقوف لو تلف.

(٥) أي موجودًا؛ بدليل ما بعده؛ «ق ل».

(٦) وإن جرى سبب وجوبه كالعقد.

(٧) أي قدرًا وصفة.

(٨) أي بنفسه؛ بخلاف مال الكتابة وجعل الجعالة فإنهما وإن كانا يؤولانِ للزوم لكن لا بنفسهما؛ بل=

فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الأَصَحِّ وَلَا بِمَا سَيُقْرِضُهُ. وَلَوْ قَالَ: «أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ»، فَقَالَ: «اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ»، أَوْ قَالَ: «بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ»، فَقَالَ: «اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ» صَحَّ فِي الأَصَحِّ . . . . .

سيأتي؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكّن المديون من إسقاط الدين.

ثم شرع المصنف في بعض محترزات الشروط التي ذكرها، فقال: (**فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح**)؛ لما مرَّ. والثاني: يصح كضمانها لِتُرَدَّ بجامع التَّوَثُّقِ، وفرّق الأول: بأن ضمانها لا يَجُرُّ لو لم تتلف إلى ضررٍ، بخلاف الرهن بها فَيَجُرُّ إلى ضرر دوام الحجر في المرهون.

تنبيه: لو عبّر بـ«العين المضمونة» لكان أخصر وأشمل؛ لتناوله المأخوذ ببيع فاسد، والمأخوذ بسوم، والمبيع والصداق قبل القبض؛ بل لو اقتصر على «العين» لكان أَوْلى ليشمل غير المضمون كالمودوع كما مرَّ. وهذه المسائل خرجت عن الصحة بقوله: «دينًا».

(**ولا بما سيقرضه**)؛ لما مرَّ، وعن ذلك الداخل في الدين بِتَجَوُّزٍ احترز بقوله: «ثابتًا».

(**ولو**) امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين؛ كأن (**قال**: «**أقرضتُكَ هذه الدراهم وارتهنْتُ بها عبدَكَ**» **فقال**: «**اقترضتُ ورهنتُ**»، **أو قال**: «**بِعْتُكَهُ بكذا وارتهنت الثوب به**» **فقال**: «**اشتريتُ ورهنتُ**» **صحَّ في الأصح**)؛ لأن شرط الرهن في ذلك جائز فمزجه أَوْلى؛ لأنّ التوثّق فيه آكد؛ لأنه قد لا يفي بالشرط. والثاني: لا يصح، قال الرافعي: «وهو القياس؛ لأن أحد شقّي العقد قد تقدّم على ثبوت الدين»، وأجاب الأوّل: بأن ذلك اغتُفر لحاجة التوثّق، وبهذا يُعلم أنه لا حاجة هنا في صورة البيع إلى تقدير وجود الثمن وانعقاد الرهن عقبه، بخلاف ما لو قال: «أَعْتِقْ عبدَكَ عني بكذا» فأعتقه عنه، فإنه يقدّر المِلْكُ له ثم يعتق عليه؛ لاقتضاء العتق تقدم الملك.

= بفعل فاعل؛ كدفع مال الكتابة وردِّ الضالة في الجعالة. وأيضًا الثمن وضعه اللُّزوم؛ بخلافهما كما أشار إلى هذا الشارح بقوله: «والأصل في وضعه اللُّزوم».

وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ، وَلَا بِجُعْلِ الْجِعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ. وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، ....

وهذا الترتيب الذي ذكره المصنف شرط وضابطه: أن يتقدّم الخطاب بالقرض مثلًا على الخطاب بالرهن، وجواب القرض على جواب الرهن.

ولو قال: «بعتُك ـ أو زوجتك، أو أجرتك ـ بكذا على أن ترهنني كذا» فقال: «اشتريتُ ـ أو تزوجتُ، أو استأجرتُ ـ ورهنت» صحَّ كما رجّحه ابن المقري وإن لم يَقُلِ الأول بعد: «ارتهنتُ» أو «قبلتُ»؛ لتضمن هذا الشرط الاستيجاب. ومن صور مزج الرهن: أن يقول «بعني عبدك بكذا ورهنتُ به هذا الثوب» فيقول: «بعتُ وارتهنتُ».

[حكم الرهن بنجوم الكتابة وبجعل الجعالة]

(**ولا يصح**) الرهن (**بنجوم الكتابة**)؛ لما سلف. (**ولا بجُعل الجعالة قبل الفراغ**) من العمل؛ لأن لهما فسخها متى شاءا، فإن قيل: الثمن في مدة الخيار كذلك مع أنه يصح كما سيأتي، أجيب: بأن موجب الثمن البيع وقد تَمَّ، بخلاف موجب الجُعل وهو العمل. وعن المسألتين احترز بقوله: «لازمًا». وصورة المسألة أن يقول: «من رَدَّ عبدي فله دينار» فيقول شخصٌ: «ائتني برهنٍ وأنا أردّه»، ومثله: «إن ردَدْتَهُ فلك دينار وهذا رهن به»، أو «من جاء به فله دينار وهذا رهن».

(**وقيل: يجوز بعد الشروع**) في العمل؛ لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم ما بعد الفراغ منه، فيصح قطعًا للزوم الجعل به.

[حكم الرهن بالثمن في مدَّة الخيار وبالأجرة ومال المسابقة والزكاة]

(**ويجوز**) الرهن (**بالثمن في مُدَّةِ الخيار**)؛ لأنه آيل إلى اللزوم، والأصل في وضعه اللزوم، بخلاف جُعل الجعالة، وظاهر أن الكلام حيث قلنا: «ملك المشتري المبيع ليملك البائع الثمن» كما أشار إليه الإمام، ولا شكّ أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم تَمْضِ مدة الخيار، وَدخلت المسألة في قوله: «لازمًا» بتجوّز، قال الإسنوي وغيره: ولا يغني عن «الثابت» «اللازم»؛ لأن الثبوت معناه الوجود في الحال، واللزوم وعدمه

وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ.

صفة للدين في نفسه لا يتوقف على وجود الدين؛ كما يقال: دين القرض لازمٌ، ودين الكتابة غير لازم، فلو اقتصر على الدين اللازم لورد عليه ما سيقرضه ونحوه مما لم يثبت. وقال ابن الصلاح: ولأن الالتزامات لا يُكتفَى بها في المخاطبات، وهما وصفان مقصودان يحترز بهما عن عدم الثبوت واللزوم. ولا فرق في الدين بين المستقر ـ كدين القرض وثمن المبيع المقبوض ـ وغير المستقر؛ كثمن المبيع قبل قبضه والأجرةِ قبل الانتفاع في إجارة العين، والصداق قبل الدخول، أما الأجرة في إجارة الذمة فلا يصح الرهن بها؛ لعدم لزومها في الذمّة؛ إذ يلزم قبضها في المجلس قبل التفرّق، فهي كرأس مال السَّلَمِ. ويصح بالمنفعة في إجارة الذِّمَّةِ لا بها في إجارة العين؛ لأنها في الأُولى دين بخلافها في الثانية. ويصحّ بمال المسابقة؛ لأن الأصل في عقدها اللزوم، لا بالدية قبل الحلول لأنها لم تثبت، ولهذا تسقط بطرُوّ الموت والجنون، بخلافها بعد الحلول لثبوتها في الذمّة. ولا بالزكاة ولو بعد الحلول لعدم ثبوتها قبله، ولعدم الدَّين بعده كما اقتضاه كلام الإسنوي وابن المقري؛ لتعلّقها بالعين شركةً، والمعتمد الجواز بعد الحول كما في أصل «الروضة»؛ لأن الزكاة قد تجب في الذمة ابتداءً كزكاة الفطر، ودوامًا؛ بأن تلف المال بعد الحول. وبتقدير بقائه فالتعلّق به ليس على سبيل الشركة الحقيقية؛ لأن له أن يعطيَ من غيرها بغير رضا المستحقِّين قطعًا، فصارت الذمة كأنها منظور إليها.

[حكم وضع الرهن بعد الرهن في الدَّين الواحد]

(و) يجوز (بالدين) الواحد (رهنٌ بعد رهنٍ)؛ لأنه زيادة في الوثيقة، ويصيران كما لو رهنهما معًا.

[حكم رهن المرهون عنده بدينٍ آخر]

(ولا يجوز أن يرهنه المرهونَ) ـ قال الشارح: «بالنصب مفعول ثانٍ» ـ (عنده بدين آخر) مع بقاء رهنه الأول (في الجديد) وإن وَفَى بالدَّينين وكانا من جنسين؛ كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن. والقديم: الجواز، ونَصَّ عليه في الجديد أيضًا؛ كما

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ، وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ؛ لَكِنْ لَا يَسْتَنِيبُ . . . .

تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد، وفرّق الأول: بأن الدين يشغل الرهن ولا ينعكس، والزيادة في الرهن شغلُ فارغٍ فيصح، والزيادة في الدين شغلُ مشغولٍ فلا يصح، نعم لو جنى الرقيق المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون رهنًا بالدين والفداء جاز؛ لأنه من مصالح الرهن لتضمُّنه استبقاءه، ومثله لو أنفق المرتهنُ على المرهون بإذن الحاكم لعجز الراهن عن النفقة أو غيبته ليكون مرهونًا بالدين والنفقة، وكذا لو أنفق عليه بإذن الراهن كما قاله القاضي أبو الطيب والروياني وإن نظر فيه الزركشي. ولو رهن الوارث التركة التي عليها الدين ولو غير مستغرق لها من غريم الميت بدينٍ آخرَ لم يصحّ؛ كالعبد الجاني، وتنزيلًا للرهن الشرعي منزلة الرهن الجعلي.

[ما يلزم به الرَّهن]

(ولا يلزم) الرهن من جهة الراهن (إلَّا بقبضه) أي المرهون؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فلو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة، ولأنه عقد تبرّع يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلَّا بالقبض؛ كالهبة والقرض. ولا تَرِدُ الوصية؛ لأنها إنما تحتاج إلى القبول فيما إذا كان المُوصَى له معينًا، فللراهن الرجوع فيه قبل القبض، أما المرتهن لنفسه فلا يلزم في حقّه بحال، وقد يتصور فسخه للرهن بعد قبضه؛ كأن يكون الرهن مشروطًا في بيع ويقبضه قبل التفرّق من المجلس ثم يفسخ البيع فينفسخ الرهن تبعًا.

قال الرافعي في باب الخيار: «والمراد بالقبض القبض المعهود في البيع». ولا بدّ أن يكون القبض والإقباض كائنين.

(ممّن يصحّ) منه (عقده) أي عقد الرهن، فلا يَصِحُّ شيء منهما من غيره؛ كصبيّ ومجنون ومحجورِ سَفَهٍ.

[حكم النيابة في قبض الرهن وإقباضه ومن لا يستناب في ذلك]

(وتجري فيه) أي في كُلٍّ من القبض والإقباض (النيابة) كالعقد؛ (لكن لا يستنيب)

الرَّاهِنَ وَلَا عَبْدَهُ، وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ.

وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ، . . . .

المرتهن في القبض (**الراهن**[1]) ولا نائبه في الإقباض؛ لئلّا يؤدي إلى اتحاد القابض والمُقْبِضِ. خرج بذلك ما لو كان الراهن وكيلًا في عقد الرهن فقط، أو وليًّا فرشد مَوْلِيُّهُ مثلًا، فإنه يجوز للمرتهن أن يستنيبه في القبض لانتفاء العلة مع أن عبارة المصنف تقتضي عدم الصحة في ذلك، فلو قال: «لكن لا يستنيب مُقْبِضًا من راهن أو نائبه» لكان أَوْلى، وكان ينبغي أن يقول: «ولا عكسه»؛ لأن الراهن لو قال للمرتهن: «وكَّلتك في قبضه لنفسك» لم يصح، فإن قيل: أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه صحّ وهو إنابة في المعنى، أجيب: بأن إذنه إقباض منه لا توكيل.

(**ولا**) يستنيب (**عبده**) أي الراهن ولو كان مأذونًا له في التجارة أو مدبرًا؛ لأن يده كيد مولاه. (**وفي المأذون له وجه**) أنه يصحّ؛ لانفراده باليد والتصرّف كالمكاتب، وفرّق الأوّل: بأن السيد متمكِّنٌ من الحجر عليه وأمّ الولد كالقنّ. فإن قيل: لو وكّل رجل العبد في شراء نفسه من مولاه صحّ مع أنه لا يصحّ فيما لو وكّل مولاه، فليست هنا يد العبد كيد مولاه، أجيب: بأن شراء العبد نفسه من مولاه صحيح في الجملة؛ لتشوُّف الشارع إلى العتق، فلم ينظروا فيه إلى تنزيل العبد منزلة مولاه في ذلك.

(**ويستنيب مكاتبه**)؛ لاستقلاله باليد والتصرّف كالأجنبي، ومثله المُبَعَّضُ إذا كان بينه وبين سيّده مهايأة ووقع القبض في نوبته وإن وقع التوكيل في نوبة السَّيِّدِ ولم يشترط فيه القبض في نوبته.

[حكم رهن ما له بيد غيره منه]

(**ولو رهن**) ما له بيد غيره منه؛ كأن رهن (**وديعةً عند مُودَعٍ، أو مغصوبًا عند غاصب**)، أو مؤجرًا عند مستأجِرٍ، أو مقبوضًا بسومٍ عند مستامٍ، أو معارًا عند مستعير (**لم يلزم**) هنا الرهن (**ما لم يَمْضِ زمن إمكان قبضه**) أي المرهون؛ كنظيره في البيع؛

---

(١) في المخطوط: «راهنًا».

وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ، وَلَا يُبْرِئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنِ الْغَصْبِ، وَيُبْرِئُهُ الإِيْدَاعُ فِي الأَصَحِّ.

لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفًا على هذا الزمان. وابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن فيه لا العقد. وأفهم أنه لا يشترط ذهابه إليه وهو الأصح. (**والأظهر اشتراط إذنه**) أي الراهن (**في قبضه**)؛ لأن يده كانت عن غير جهة الرهن، ولم يقع تعرّض للقبض عنه. والثاني: لا يشترط؛ لأن العقد مع صاحب اليد يتضمَّن الإذن. ولو رهن الأب ماله عند طفله أو عكسه اشترط فيه مضيّ زمن الإمكان، وقصد الأب للقبض كالإذن فيه.

[حكم براءة الغاصب عند رهنه أو إيداعه المغصوبَ]

(**ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب**) وإن لزم؛ لأنه وإن كان عقد أمانةٍ فالغرض منه التوثّق، وهو لا ينافي الضمان؛ بدليل ما لو رهنه شيئًا فتعدَّى فيه فإنه لا يبطل الرهن. وكذا لا يبرأ المستعير بالرهن وإن منعه المعير الانتفاع لما مَرَّ، ويجوز له الانتفاع بالمعار الذي ارتهنه لبقاء الإعارة، وإن رجع المعير فيه امتنع ذلك عليه. وللغاصب إجبار الراهن على إيقاع يده عليه ليبرأ من الضمان ثم يستعيره منه بحكم الرهن، وليس للراهن إجباره على ردّ المرهون إليه ليوقع يده عليه ثم يستعيره منه المرتهن بحكم الرهن؛ إذ لا غرض له في براءة المرتهن.

(**ويبرئه**) عن الغصب (**الإيداع في الأصح**)؛ لأن الإيداع ائتمان، وهو ينافي الضمان؛ بدليل أنه لو تعدّى في الوديعة لم يَبْقَ أمينًا بخلاف الرهن. والثاني: لا يبرئه كالرهن، ورُدَّ بما مرَّ.

ولو أبرأ الغاصِبَ من ضمان المغصوب وهو باقٍ لم يبرأ؛ لأن الأعيان لا يبرأ منها؛ إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تمليكه، وكذا لو أبرأه عن ضمان ما يثبت في ذمته بعد تلفه؛ لأنه إبراء عمّا لم يجب. ولو أجَّره المغصوب أو قارضه فيه أو وكّله في التصرّف فيه أو زوَّجه إياه لم يبرأ لما عُلم مما مَرَّ في رهنه منه، نعم إن تصرّف في مال القراض أو فيما وكّل فيه برىء؛ لأنه سلّمه بإذن مالكه وزالت عنه يده، وكذا كُلُّ من كانت يده يَدَ

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ، وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الأَظْهَرِ، وَبِإِحْبَالِهَا؛ لَا الْوَطْءِ وَالتَّزْوِيجِ.

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الأَصَحِّ.

ضمان كالمستعير والمستام.

وقد عُلِمَ مما تقرَّر أن هذا الحكم لا يختصّ بالارتهان ولا بالغصب.

[ما يحصل به الرجوع عن الرهن قبل قبضه]

(ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرّف يزيل الملك؛ كهبة مقبوضة) وبيع وإعتاق؛ لزوال محل الرهن، (وبرهنٍ مقبوض وكتابة)؛ لتعلّق حق الغير به.

تنبيه: تقييده تبعًا للرافعي الهبة والرهن بالقبض يقتضي أن ذلك بدون قبض لا يكون رجوعًا، وهو موافقٌ لتخريج الربيع وتنظيره في الأصح، والذي نقله السبكي وغيره عن النَّصِّ: أنه رجوع، وهو المعتمد، وقال الأذرعي: والصواب على المذهب حَذْفُ لفظ القبض في الهبة والرهن جميعًا؛ لأنها زيادة موهمة. وقضية إطلاق المصنف تبعًا لغيره الكتابة أنه لا فرق فيها بين الصحيحة والفاسدة في الجزم بها، وإلحاق الفاسد بالتدبير في جريان الخلاف أشْبَهُ؛ لأنها تعليق عتق بصفة.

(وكذا تدبير) يحصل به الرجوع (في الأظهر)؛ لأن مقصوده العتق، وهو مُنَافٍ للرهن. والثاني: لا؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن. (وبإحبالها) منه أو من أبيه كما في «فتاوى القاضي»؛ لتعلّق العتق به. (لا الوطء) بغير إحبال وإن أنزل وكانت ممّن تحبل؛ لأنه ليس سببًا لزوال الملك، (و) لا (التزويج)؛ إذ لا تعلّق له بمورد الرهن، سواء أكان المزوَّج عبدًا أم أَمَةً؛ بل رهن المزوّج ابتداءً صحيحٌ، ولا الإجارة ولو حَلَّ الدين المرهون قبل انقضائها؛ لأن رهن المؤجّر وبيعه صحيحان.

(ولو مات العاقد) الراهن أو المرتهن (قبل القبض) للمرهون (أو جُنَّ) أو أغمي عليه، (أو تخمّر العصير، أو أبق العبد) قبل القبض فيهنّ أيضًا (لم يبطل الرهن في الأصح)، أما الموت فلأن مصير الرهن إلى اللُّزوم فلا يتأثر بموته؛ كالبيع في زمن

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ ـ لكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا: يَنْفُذُ مِنَ الْمُوسِرِ ....

الخيار، ووجه مقابله أنه جائز كالوكالة، وعلى الأول يقوم وارث الراهن مقامه في الإقباض، ووارث المرتهن مقامه في القبض. وأمَّا الإغماء والجنون فمرتّبان على الموت، فإن قلنا: لا يبطل ثَمَّ فهنا أَوْلَى، وإلَّا فوجهان، وعلى الأصح يقوم من ينظر في مال المجنون مقامه في القبض والإقباض. والمغمى عليه تُنتظر إفاقته، وحجر الفلس أو السَّفه على أحدهما كالجنون على المذهب. وأما في التخمُّر والإباق فبالقياس على ما لو كان بعد القبض؛ لاغتفار ما يقع في الدوام، ووجه مقابله: اختلاله في حال ضعف الرهن وعدم لزومه، وعلى الأول يبطل حكم الرهن للعصير ولو بعد القبض ما دام متخمّرًا؛ لخروجه عن المالية، فإن تَخَلَّلَ عاد رهنًا كما عاد ملكًا، وللمرتهن الخيار في البيع المشروط فيه الرهن سواء تخلّل أم لا إن كان قبل القبض؛ لنقصان الخلّ عن العصير في الأول، وفوات المالية في الثاني، أما بعد القبض فلا خيار له لأنه تَخَمَّرَ في يده، فلو قبضه خمرًا وتخلّل استأنف القبض؛ لفساد القبض الأوّل بخروج العصير عن المالية، لا العقد لوقوعه حال المالية. ولا بطلان قطعًا في الموت أو الجنون أو الإباق بعد القبض. ولو ماتت الشاة المرهونة في يد الراهن أو المرتهن فدبغ المالك أو غيره جِلْدَهَا عاد ملكًا للراهن ولم يَعُدْ رهنًا؛ لأن مَالِيَّتَهُ حدثت بالمعالجة بخلاف الخَلِّ، فإن قيل: قد يحدث بها أيضًا؛ كنقله من شمس إلى ظلّ وعكسه، وقد يقع الجلد في مدبغةٍ من غير معالجة، أجيب: بأن ذلك نادرٌ فألحق بالغالب. نعم إن أعرض عنه المالك فدبغه غيره فهو له وخرج عن الرهن كما صرَّح به الأذرعي.

[حكم تصرُّف الراهن بالرهن تصرُّفًا يزيل الملك]

(وليس للراهن المُقْبِضِ تصرف) مع غير المرتهن بغير إذنه **(يزيل الملك)**؛ كالهبة والبيع والوقف؛ لأنه لو صحَّ لفاتت الوثيقة، وأما معه أو بإذنه فسيأتي أنه يصح؛ **(لكن)** إذا لم يصح تصرفه **(في إعتاقه أقوالٌ أظهرُها: ينفذ)** ـ بالمعجمة ـ **(من الموسر)** بقيمة

وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا، وَإِذَا لَمْ نُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ لَمْ يَنْفُذْ فِي الأَصَحِّ.

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ ....

المرهون. وبحث البلقيني بأن المعتبر اليسار بأقل الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين، وهو ـ كما قال الزركشي ـ التحقيق. دون المعسر؛ لأنه عتق يبطل به حق الغير، فَفُرِّقَ فيه بين الموسر والمعسر؛ كعتق الشريكين، فإن أيسر ببعضها عتق القدر الذي أيسر بقيمته. وإقدام الموسر علىٰ العتق جائز كما اقتضاه نَصُّ الشافعي كما قاله البلقينيُّ وغيره، واقتضاه كلام الرافعي وغيره في باب النذر، وإن نقل الرافعي عن الإمام في بحث التنازع في جناية المرهون أنه يمتنع إقدامه عليه. والثاني: ينفذ مطلقًا، ويغرم المعسر إذا أيسر القيمة وتصير رهنًا، والثالث: لا ينفذ مطلقًا. واحترز[1] بقوله: «في إعتاقه» عن الحكم بعتقه لا بإعتاق الراهن؛ بل بالسِّراية؛ كما إذا رهن نصف عبد ثم أعتق باقيه فإنه يعتق إن نفذنا إعتاقه، وكذا إن لم ننفذه في الأصح؛ لكن يشترط اليسار على الأصح؛ لأن هذا حكم من الشرع بعتقه لا إعتاقه.

(و) على الأول (يغرم قيمته) جبرًا لِحَقِّ المرتهن، وتعتبر قيمته (يوم) أي وقت (عتقه) وتصير (رهنًا) أي مرهونة من غير حاجة إلى عقد وإن حَلَّ الدين، أو تُصْرَفُ في قضاء دينه إن حلّ. (وإذا لم ننفذه) لكونه معسرًا أو على القول بأنه لا ينفذ مطلقًا (فانفك) الرهن بإبراء أو غيره (لم يَنْفُذْ في الأصح)؛ لأنه أعتقه وهو لا يملك[2] إعتاقه، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسَّفه ثم زال عنه الحجر. والثاني: ينفذ لزوال المانع، وعلى الأول لو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق أيضًا كما فُهِم من المتن بطريق الأَوْلى. ولو استعار من يعتق عليه ليرهنه ثم رهنه ثم وَرِثَهُ هل يعتق عليه؛ لأنه عتق قهري من الشرع، أو لا؛ لتعلّق الوثيقة به؟ والأوجه أن يقال: إن كان موسرًا عتق وإلَّا فلا.

(ولو علقه) أي عتق المرهون في حال الرهن بفكاك الرهن وانفكّ عتق؛ إذ لم يوجد حال الرهن إلَّا التعليق، وهو لا يضر. أو علّقه (بصفة) أخرى ـ كقدوم زيد ـ (فوجدت)

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «وإن احترز».

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «يمكن».

وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالإِعْتَاقِ، أَوْ بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ ـ وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ، وَلَا التَّزْوِيجُ، . . .

بعد انفكاك الرهن؛ بأن انفكَّ مع وجودها أو قبله عتق أيضًا لما مرَّ. أو وجدت (وهو رهن فكالإعتاق) فيما مرَّ، فيفصل فيه بين الموسر وغيره؛ لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز. (أو) وجدت (بعده) أي بعد فكاك الرهن أو معه (نفذ) العتق (على الصحيح)، والثاني يقول: التعليق باطل كالتنجيز في قول. ولو رهن نصف عبده مثلًا ثم أعتق نصفه، فإن أعتق نصفه المرهون عتق مع باقيه إن كان موسرًا، أو غير المرهون أو أطلق عتق غير المرهون من الموسر وغيره، ويسري إلى المرهون على الموسر أخذًا مما مرَّ. وينفذ عتق المرهون من الموسر عن كفارته لا عن كفارة غيره بسؤاله؛ لأنه بيع إن وقع بعوض وإلَّا فهبة، وهو ممنوع منهما. فإن قيل: يَرِدُ على ذلك ما لو مات الراهن فانتقلت العين إلى وارثه فأعتقها عن مورثه، وكذا إن لم يرهنه ولكن مات وعليه دين فإنه ينتقل إلى الوارث مرهونًا، ومع ذلك يجوز إعتاقه عن مورثه كما هو حاصل كلام الرافعي في باب الوصية، وعلّله: بأن إعتاقه كإعتاقه، أجيب: بأن الوارث خليفة مورثه ففعله كفعله في ذلك، ولأن الكلام في إعتاق الراهن نفسه وفي الرهن الجعليّ لا غيرهما، ومعلوم أن الإعتاق عن المرتهن جائز كالبيع منه.

فرع: المبعَّضُ إذا كان له على سيّده دينٌ فرهن عنده نصفه صحَّ، ولا يجوز أن يعتقه إلَّا بإذنه إذا كان معسرًا، فإن كان موسرًا صحَّ بغير إذنه؛ كالمرتهن الأجنبي فيهما.

(ولا) يصح (رهنه لغيره) أي غير المرهون عنده؛ لمزاحمته حق الأول فيفوت مقصود الرهن، وأما الرهن عنده فتقدَّم الخلاف فيه. (ولا التزويج) من غيره؛ لأنه يقلّ الرغبة وينقص القيمة، سواء في ذلك العبد والأمةُ، زوّج الأَمَةَ لزوجها الأول أم لغيره، خليّةً كانت عند الراهن أم مزوّجة. فإن زوّج فالنكاح باطل لأنه ممنوع منه؛ قياسًا على البيع. وأما التزويج منه فيصح كما قاله الزركشي. واحترز بذلك عن الرجعة فإنها تصح لنفاذه[1] حق الزوج.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «لبقاء».

وَلَا الإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا، وَلَا الْوَطْءُ، فَإِنْ وَطِيءَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ.

وَفِي نُفُوذِ الِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الإِعْتَاقِ، . . . .

(ولا الإجارة) من غيره (إن كان الدين حالًّا أو يحلّ قبلها) أي قبل انقضاء مُدَّتِهَا[١]؛ لأنها تنقص القيمة وتقلّ الرغبات عند الحاجة إلى البيع. فإن حلّ بعدها أو مع انقضائها صحّت إذا كان المستأجر ثقةً؛ لانتفاء المحذور حالةَ البيع، ويصح أيضًا إذا احتمل التقدم والتأخّر والمقارنة أو اثنين منها كما هو قضية كلام المصنّف وإن قال الإسنوي: «فيه نظر». أما الإجارة منه فتصح ويستمرّ الرهن. وخرج بذلك الإعارة، فتجوز إذا كان المستعير ثقة.

(ولا الوطء)؛ لما فيه من النقص في البكر، وخوف الإحبال فيمن تحبل، وحسمًا للباب في غيرها، نعم لو خاف الزنا لو لم يطأ جاز له وطؤها كما بحثه الأذرعي. واحترز بـ«الوطء» عن بقية التمتُّعاتِ؛ كاللمس والقُبلة، فيجوز كما جزم به الشيخ أبو حامد وجماعة، وقال الرويانيُّ وجماعة بحرمتها خوف الوطء، قال شيخنا وغيره: «وقد يُجمع بينهما بحمل الثاني على ما إذا خاف الوطء، والأول على ما إذا أَمِنَهُ». انتهى، وهو جمعٌ حسنٌ. (فإن وطىء) ولو عالمًا بالتحريم فلا حدّ عليه ولا مهر، وإذا أحبل (فالولد حُرٌّ) نسيبٌ؛ لأنها علقت به في ملكه، وعليه أرش البكارة إن افْتَضَّهَا؛ لإتلافه جزءًا من المرهون، وإن شاء قضاه من الدين أو جعله رهنًا، ويُعَزَّرُ العالِمُ بالتحريم.

(وفي نفوذ الاستيلاد أقوال الإعتاق) السابقة: أظهرها: ينفذ من الموسر دون المعسر، ويفعل في قيمتها ما تقدّم، ويباع على المعسر منها بقدر الدين وإن نقصت بالتشقيص؛ رعايةً لحق الإيلاد بخلاف غيرها من الأعيان المرهونة؛ بل يُباع كُلُّهُ دفعًا للضرر عن المالك؛ لكن لا يباع شيء من المستولدة إلّا بعد أن تضع ولدها؛ لأنها حامل بِحُرٍّ، وبعد أن تسقيَهُ اللِّبَأَ، ويوجد مرضعة؛ خوفًا من أن يسافر بها المشتري فيهلك ولدها، وإن استغرقها الدين أو عدم من يشتري البعض بيعت كُلُّهَا بعدما ذكر؛

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «موتها».

فَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ نَفَذَ فِي الأَصَحِّ، فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الأَصَحِّ.

وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ ....

للحاجة إليه في الأُولى وللضرورة في الثانية، وليس للراهن أن يهبها للمرتهن بخلاف البيع؛ لأن البيع إنما جوّز للضرورة.

(فإن لم ننفذه فانفكَّ) الرهنُ من غير بيع (نفذ) الاستيلاد (في الأصح)، بخلاف نظيره في الإعتاق؛ لأنه قولٌ يقتضي العتق في الحال فإذا رُدَّ لغا، والإيلادُ فعل لا يمكن ردّه وإنما يمنع حكمه في الحال لِحَقِّ الغير، فإذا زال حق الغير ثبت حكمه. أما إذا انفكّ ببيع فإنّ الإيلاد لا ينفكُّ إلَّا إذا ملك الأَمَةَ، ولو مَلَكَ بعضها فهل يسري إلى باقيها إذا كان موسرًا؟ لم أَرَ من ذكره، والظاهر أنه يسري؛ كمن ملك بعض من يعتق عليه، وهو نظير المسألة بلا شَكٍّ.

(فلو ماتت) هذه الأَمَةُ التي أولدها الراهن (بالولادة) أو نقصت بها وهو مُعْسِرٌ حال الإيلاد ثم أيسر (غرم قيمتها) وقت الإحبال في الأُولى تكون (رهنًا) من غير إنشاء مكانها، والأرش في الثانية يكون رهنًا معها كذلك (في الأصح)؛ لأنه تسبب في هلاكها أو نقصها بالإحبال بغير استحقاق، وله أن يصرف ذلك في قضاء دينه. والثاني: لا يغرم لِبُعْدِ إضافة الهلاك أو النقص إلى الوطء، ويجوز كونه من عِلَلٍ وعوارض. وموت أَمَةِ الغير بالولادة من وطء شبهة يوجب قيمتها لما مرَّ، لا من وطء زِنًا ولو بإكراه؛ لأنها لا تضاف إلى وطئه؛ لأن الشرع قطع نسب الولد عنه. ولو وطيء حُرَّةً بشبهة فماتت بالولادة لم يجب عليه دِيَتُهَا؛ لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأَمَةِ لأن الوطء سبب الاستيلاء عليها والعلوق من آثاره فأَدَمْنَا به اليد والاستيلاء، والحُرَّةُ لا تدخل تحت اليد والاستيلاء. ولا شيء عليه في موت زوجته أَمَةً كانت أو حُرَّةً بالولادة؛ لأنه تولد من مُسْتَحِقٍّ.

[حكم انتفاع الراهن بالمرهون]

(وله) أي الراهن (كُلُّ انتفاع لا يَنْقُصُهُ) أي المرهون، والأفصح تخفيف القاف، قال تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا﴾ [التوبة: ٤]، ويجوز تشديدها. (كالركوب) والاستخدام

وَالسُّكْنَى، لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ، فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يُقْلَعْ قَبْلَ الأَجَلِ، وَبَعْدَهُ يُقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ الأَرْضُ بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ، . . . .

(والسُّكنى)؛ لخبر الدارقطني والحاكم: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ»(١)، وخبر البخاري: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا»(٢)، وقيس على ذلك ما أشبهه؛ كلبس وإنزاء فَحْلٍ على أنثى يَحِلُّ الدين قبل ظهور حملها أو تَلِدُ قبل حلوله، بخلاف ما إذا كان يَحِلُّ قبل ولادتها أو بعد ظهور حملها فليس له الإنزاء عليها؛ لامتناع بيعها دون حملها لأنه غير مرهون. وإذا أخذ الراهن المرهون للانتفاع الجائز فَتَلِفَ في يده من غير تقصيرٍ لم يضمنه كما قاله الرويانيُّ.

(لا البناء والغراس) في الأرض المرهونة ولو كان الدين مؤجَّلًا ولم يلتزم قلعهما عند فراغ الأجل؛ لنقص القيمة بذلك، فإن التزم ذلك جاز له كما نصَّ عليه في «الأمِّ» وجرى عليه الدَّارمي، وهو ـ كما قال بعض المتأخرين ـ ظاهرٌ إذا لم يُحدث قلعه نقصًا في الأرض ولا تطول مُدَّتُهُ بحيث تضرُّ بالمرتهن. وله زراعة ما يُدركه قبل حلول الدين أو معه كما بحثه شيخنا إن لم ينقص الزرع قيمة الأرض؛ إذ لا ضرر على المرتهن، وإذا حَلَّ الدين قبل إدراكه لعارض تُرِكَ إلى الإدراك. (فإن) كانت قيمتها تنقص بذلك الزرع، أو كان الزرع مما يُدرك بعد الحلول أو (فعل) البناء والغراس (لم يُقْلَعْ) ما ذُكِرَ (قبل) حلول (الأجل)؛ لاحتمال قضاء الدين من غير الأرض، (وبعده يُقْلَعُ إن لم تَفِ الأرض) أي قيمتها (بالدين وزادت به) أي القلع، ولم يأذن الراهن في بيعه مع الأرض، ولم يحجر عليه بفلس؛ لتعلُّقِ حق المرتهن بأرض فارغة. أما إذا وَفَتْ قيمة الأرض بالدين أو لم تزد بالقلع أو أَذِنَ الراهن فيما ذُكِرَ أو حجر عليه فلا يقلع؛ بل يُباع مع الأرض في الأخيرتين ويُوَزَّعُ الثمن عليهما، ويحسب النقص في الثالثة على الزرع أو البناء أو الغراس إن كانت قيمة الأرض فيها بيضاء أكثر من قيمتها مع ما فيها.

---

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه»، كتاب البيوع /٢٩٠٧/. والحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٤٧/، وقال: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط البخاري ومسلم.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب /٢٣٧٧/.

ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ، وَيُشْهِدُ إِنِ اتَّهَمَهُ، . . . . .

وليس للراهن السَّفَرُ بالمرهون وإن قَصُرَ سفره؛ لما فيه من الخطر بلا ضرورة، فإن دَعَتْ ضرورةٌ إلى ذلك ـ كأن جَلَا أهلُ بلد لخوفٍ أو قحطٍ أو نحو ذلك ـ كان له السفر به.

(ثم إن أمكن الانتفاع) بالمرهون بما أراده الراهن منه (بغير استردادٍ[1]) له ـ كأن يرهن رقيقًا له صنعةٌ يمكنه أن يعملها عند المرتهن ـ (لم يستردَّ) من المرتهن لأجل عملها عنده، (وإلَّا) أي وإن لم يمكن الانتفاع به بغير استرداد ـ كأن يكون دارًا يسكنها، أو دابة يركبها، أو عبدًا يخدمه ـ (فيستردُّ) للحاجة إلى ذلك، نعم لا يستردُّ الجارية إلَّا إذا أمن من غشيانها لكونه مَحْرَمًا لها أو ثقة وله أهلٌ. ثم ما لا يدوم استيفاء منافعه عند الراهن يرده عند عدم الحاجة إليه، فيردُّ عبد الخدمة والدابة إلى المرتهن ليلًا، ويردُّ الحارس نهارًا.

تنبيه: ظاهر عبارة المصنِّف تشمل ما لو كان الرقيق يحسن الخياطة وأراد السَّيِّدُ الراهن أن يأخذه للخدمة أنه لا يُمَكَّنُ من أخذه، وليس مرادًا، فلو زاد ما قدّرته في كلامه لكان أَوْلَى.

(ويُشهد) المرتهن على الراهن بالاسترداد للانتفاع في كُلِّ استردادةٍ (إن اتَّهمه) شاهدينِ كما قاله الشيخان، قال في «المطلب»: «أو رجلًا وامرأتين؛ لأنه في المال»، وقياسه الاكتفاء بواحد ليحلف معه. فإن وثق به لم يكلَّف الإشهاد. قال الشيخان: «لا كُلَّ مرة»؛ أي لا يشهد أصلًا، فهو نفيٌ للمقيد بقيده؛ كقولهم: «لا ضبَّ فيها ينحجر»؛ أي لا ضبَّ ولا انحجار، فسقط ما قيل: إن ظاهر كلامهما الإشهادُ في بعض المَرَّاتِ، وإنه مخالف لقول «الحاوي»: «ويشهد لا ظاهر العدالة».

فرع: لا تُزال يد البائع عن المحبوس بالثمن لاستيفاء منافعه؛ لأن مِلْكَ المشتري

---

(١) كأن يكون عبدًا يخيط وأراد منه الخياطة. وقوله: «وإلَّا فيسترده»؛ كأن يكون دارًا يسكنها أو عبدًا يخدمه أو دابة يركبها؛ أي لغير سفر وإن قصر. ويَرُدُّ الدابة والعبد إلى المرتهن ليلًا؛ «شرح المنهج» و«ح ل».

وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ.

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَهُ، . . . .

غير مستقرٍّ؛ بل يستكسب[١] في يده للمشتري.

[حكم انتفاع الراهن بالرهن بإذن المرتهن فيما منعناه منه]

(وله) أي الرَّاهن (بإذن المرتهن ما منعناه) من التصرفات والانتفاعات من غير بدل؛ لأن المنع كان لِحَقِّهِ وقد زال بإذنه، فيحلّ الوطء، فإن لم تحبل فالرهن بحاله، وإن أحبلها أو أعتق أو باع أو وهب نفذ وبطل الرهن. قال في «الذخائر»: فلو أذن له في الوطء فوطىء ثم أراد العود إلى الوطء مُنع؛ لأن الإذن يتضمَّن أوَّل مرَّة؛ إلَّا أن تحبل من تلك الوطأة فلا منع؛ لأن الرهن قد بَطَلَ. انتهى، وظاهر كلام الأصحاب أن له الوطء فيمن لم تحبل ما لم يرجع المرتهن.

(وله) أي المرتهن (الرجوع) عن الإذن (قبل تصرّف الراهن)؛ لأن حقّه باقٍ؛ كما للمالك أن يرجع قبل تصرّف الوكيل، (فإن تصرّف) بعد رجوعه بغير إعتاقٍ وإيلادٍ وهو موسر (جاهلًا برجوعه فكتصرّف وكيلٍ جهل عزله) من مُوَكِّلِهِ، وسيأتي في بابه أن الأصحّ عدم النفوذ، فإن كان عالمًا برجوعه فلا ينفذ قطعًا، وأما تصرّفه بالإعتاق والإحبال إذا كان موسرًا فنافذٌ كما علم مما مرَّ. وللمرتهن الرجوع فيما وهب الراهن أو رهن بإذن المرتهن قبل قبض الموهوب أو المرهون؛ لأنه إنما يتمُّ بالقبض. ولا رجوع له فيما أذن له في بيعه في زمن الخيار؛ لأن البيع مبنيٌّ على اللزوم والخيارُ دخيل فيه، إنما يظهر أثره في حق من له الخيار.

ومتى تصرّف بإعتاق أو نحوه وادّعى الإذن وأنكره المرتهن صدق بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن وبقاء الرهن، فإن نكل حلف الراهن، وكان كما لو تصرّف بإذنه، فإن لم يحلف الراهن وكان التصرّف بالعتق أو الإيلاد حلف العتيق والمستولدة؛ لأنهما

---

(١) في نسختي المقابلة: «يكتسب»، وما أثبتُّه هو لفظ «روضة الطالبين»، (٤/ ٨٢)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، (٢/ ١٦٢).

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ، وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الأَظْهَرِ.

يثبتان الحق لأنفسهما، بخلافه في نكول المفلس أو وارثه حيث لا يحلف الغرماء؛ لأنهم يثبتون الحق للمفلس أوَّلًا.

(ولو أذن في بيعه) أي المرهون، فباعه والدين مؤجَّلٌ فلا شيء له على الراهن ليكون رهنًا مكانه لبطلان الرهن، أو حَالٌّ قُضي حقّه من ثمنه، وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه. وإن أذن له في البيع أو الإعتاق (لِيُعَجِّلَ المؤجَّل من ثمنه) أو من غير الثمن في البيع، أو من قيمته أو من غيرها في الإعتاق بأن شرط ذلك (لم يصح البيع)؛ لفساد الإذن، سواء كان الدين حالًّا أو مؤجّلًا.

تنبيه: لو عبّر المصنِّف بقوله: «بشرط أن يعجِّل» كما قدّرته في كلامه تبعًا للمحرّر و«الحاوي» لكان أَوْلى، فإنه لا يلزم من عبارة المصنِّف الاشتراط، وقد قال السبكي في هذه الصورة: «الذي يظهر أنه ليس بشرط فلا يلتفت إليه، ويصح الإذن والبيع»، قال: «فالوجه حمله على أنه صرَّح بالشرط كما صوّره الأصحاب»، قال: ولا شك أنه لو قال: «أذنت لك في بيعه لتعجّل» ونَوَى الاشتراط كان كالتصريح به، وإنما النَّظَرُ إذا أطلق هل نقول: ظاهره الشرط أو لا؟ والأقربُ المنعُ.

(وكذا لو شرط) في الإذن في بيعه أو إعتاقه (رهن الثمن) أو القيمة؛ أي جعله مرهونًا مكانه لم يَصِحَّ (في الأظهر) وإن كان الدين حالًّا لما ذكر، وفساد الشرط لجهالة الثمن عند الإذن. والثاني: يصح البيع ويلزم الراهن الوفاء بالشرط، ولا تضرُّ الجهالة في البدل؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعًا؛ كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه شرطًا.

ولو قال المرتهن للراهن: «اضرب المرهون» فضربه فمات لم يضمن لتولُّده من مأذون فيه. فإن قال له: «أَدِّبْهُ» فضربه فمات فعليه ضمانه؛ لأن المأذون فيه هنا ليس مطلق الضرب؛ بل ضرب تأديب وهو مشروط بسلامة العاقبة؛ كما لو أدّب الزوج زوجتَهُ أو الإمام إنسانًا كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في ضمان المُتْلَفَاتِ.

٢ـ فصلٌ [فيما يترتَّب على لزوم الرَّهن]

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ. . . . .

(فصلٌ) فيما يترتَّب على لزوم الرَّهن[١]

(إذا لزم الرهن[٢]) بالإقباض (فاليد[٣] فيه) أي المرهون (للمرتهن)؛ لأنها الركن الأعظم في الوثوق[٤]، (ولا تُزال إلَّا للانتفاع كما سبق)، وهذا في الغالب، وإلَّا فقد لا تكون له اليد؛ كما لو رهن رقيقًا مسلمًا أو مصحفًا من كافرٍ، أو سلاحًا من حربيٍّ، فيوضع عند من له تملّكه[٥]، وما لو رهن أَمَةً: فإن كانت صغيرة

---

(١) وهو كون اليد للمرتهن؛ أي وما يتبعه من نحو توافقهما على وضعه عند ثالث، وبيان أنَّ فاسد كلِّ عقدٍ كصحيحه؛ «ع ش» على «م ر». وفي الحقيقة الترجمة لا تنزل إلَّا على قوله: «إذا لزم فاليد للمرتهن غالبًا» وما عدا هذه المسألة من مسائل الفصل كُلِّهِ زائد على الترجمة.

(٢) أي بإقباضه أو بقبضه مع الإذن أو بمضيِّ زمن يمكن فيه القبض في الغائب من الإذن، والمراد لزم من جهة الراهن؛ لأنَّه من جهة المرتهن جائز أبدًا.

(٣) أي اليد الحِسِّيَّة؛ أي كونه في حرزه وفي بيته مثلًا. وحاصل ما خرج بقوله: «في الغالب» مسائل خمسة: الرقيق المسلم والمصحف والسلاح والأمة والمرهون من حيث هو في حالة استرداده للانتفاع، فاليد الحسيَّة عليه لغير المرتهن على التفصيل المذكور، ولو حملت اليد على الشرعيَّة؛ أي كونه في سلطنته وفي ولايته بحيث يمتنع على الراهن التصرّف فيه بما يزيل الملك أو ينقصه بغير إذن المرتهن لم يحتج للتقييد بـ«غالبًا»؛ لأنَّ اليد الشرعيَّة على المرهون للمرتهن دائمًا حتى في الصور الخمسة المذكورة. وخرج بـ«المرتهن» وارثه، فليس على الراهن الرضا بيده وإن ساواه في العدالة كما في «الشوبري».

(٤) هذا يقتضي أنَّ هناك يدًا أخرى لها دخل في التوثُّق وليست ركنًا أعظم، وليس المراد بها يد الراهن؛ لأنَّها تنافي التوثُّق فليست ركنًا، فلعلَّ المراد بها يد ثالث يوضع عنده الرهن كما يأتي، فهي ركن في التوثُّق؛ لكنَّ يد المرتهن أعظم.

(٥) مقتضى صنيعه أنَّ كُلًّا من المصحف والمسلم والسِّلاح يُسَلَّمُ لمن ليس له تملكه، ثمَّ ينزع منه ويجعل تحت يد من له تملك ذلك، وفي كلام «حج»: «أن من ليس له تملُّك ذلك يوكل في قبضه من له تملُّك ذلك»، وتقدَّم أنَّ في المصحف يتعين التوكيل دون المسلم والسلاح. والظاهر أنَّ المراد بالمصحف ما يحرم على المحدث مسُّه دون غيره مما يحرم عليه تملكه ويجوز للمحدث مسُّه؛ =

وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ، . . . .

لا تُشْتَهَى[١]، أو كان المرتهن مَحْرَمًا[٢] لها، أو ثقة[٣] من امرأة أو ممسوح أو من أجنبيّ عنده حليلتُهُ أو مَحْرَمُهُ أو امرأتان ثقتان وضعت عنده، وإلَّا فعند مَحْرَمٍ لها أو ثقة ممن مرَّ. والخنثى كالأَمَةِ؛ لكن لا يوضع عند امرأة أجنبية.

[حكم اشتراط الرّاهن والمرتهن وضع الرهن عند عدلٍ أو عند اثنين]

(ولو شَرَطَا) أي الراهن والمرتهن (وضعه) أي المرهون (عند عدل جاز)؛ لأن كلًّا منهما قد لا يثق بصاحبه. وكما يتولّى العدل[٤] الحفظ يتولّى القبض أيضًا كما اقتضاه كلام ابن الرفعة.

وخرج بـ«عدل» الفاسق، فلا يضعانه[٥] عنده إذا كانا متصرّفين أو أحدهما عن الغير؛ كوليّ ووكيل وقَيِّم ومأذون له وعامل قراض ومكاتب حيث يجوز لهم ذلك،

= ككتب العلم الشرعيّ المشتمل على شيء من القرآن. وكذلك العبد يُسَلَّمُ له ثمَّ ينزع منه، وهل المراد من يصلح لتملُّكه أو من يصحُّ أن يتملكه؛ لِيَخْرُجَ من أقرَّ بحريَّة الرقيق أو وقفه أو وقف المصحف؟ «ح ل». وعبارة البرماويّ: قوله: «فيوضع»؛ أي بعد قبض ما عدا المصحف، وتقدَّم في كتاب البيع عن «شرح م ر» أنَّ المراد بالمصحف الذي لا يصحُّ أن يتملَّكه الكافر ما فيه قرآن وإن قلَّ ولو حرفًا إن قصد أنَّه من القرآن ولو في ضمن نحو تفسير أو علم. وقوله: «وهل المراد من يصلح. . . إلى آخره» لا وجه لهذا التردُّد؛ بل المراد به من يصحُّ لتملكه جزمًا ليدخل ما لو أقرّ بحرية الرقيق أو شهد بها؛ لأنَّه لا يعتق؛ أي لا يحكم بعتقه عليه بوضع يده عليه من غير تملّك، تأمَّل.

(١) أي لأحدٍ مطلقًا؛ لأهل طباع سليمة أم لا، فلو كان الدين لا يَحِلُّ حتى تُشتهى فيحتمل أن يقال: يمتنع وضعها عنده ابتداء، ويحتمل أن يقال: توضع إلى حين تُشتهى فتؤخذ منه. انتهى «علقمي» «شوبريّ»، وهذا الثاني هو المعتمد. وفي «ع ش» على «م ر»: فلو صارت الصغيرة تُشتهى نقلت وجعلت عند عدل برضاهما، فإن تنازعا وضعها الحاكم عند من يراه، ومثله ما لو ماتت حليلته أو مَحْرَمُهُ أو سافرت. قال «حج»: وشرط خلاف ذلك مفسد، وقضيَّته أنَّه مفسد للعقد وهو ظاهر؛ لأنَّه شرط خلاف مقتضاه. انتهى.

(٢) أي لا يَرى نكاح المحارم.

(٣) لعلَّ المراد به عفيفٌ عن الزِّنا؛ «ح ل».

(٤) في نسخة البابي الحلبي: «العبد».

(٥) في نسختي المقابلة: «يوضعانه».

أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوِ الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ، وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ ....

وإلَّا فيجوز، وعلى هذا يحمل قولُ «الشرحين» و«الروضة»: «عند ثالث»، فعبارة المصنِّف أَوْلَى؛ لأن مفهومها فيه تفصيل، وهو لا يرد.

والقول قول العدل في دعوى الهلاك والرَّدِّ للمرتهن، فإن أتلفه خطأً أو أتلفه غيره أُخذ منه البدل وحفظه بالإذن الأول، أو أتلفه عمدًا أُخذ منه البدل ووُضع عند آخر، ولو أتلفه مكرهًا فكما لو أتلفه خطأً.

قال الأذرعي: «ولو شرَطَا وضعه بعد اللُّزوم عند الراهن صحَّ كما هو مقتضى كلام ابن الرفعة وإن اقتضى كلام الغزالي خلافه».

(أو عند اثنين) ـ مثلًا ـ (ونصَّا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك) ظاهر أنه يتبع الشرط فيه، (وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفراد) بحفظه (في الأصح)؛ كنظيره في الوكالة والوصاية، فيجعلانه في حِرْزٍ لهما كما في النَّصِّ على اجتماعهما، فإن انفرد أحدهما بحفظه ضمن نصفه، قال في «الأنوار»: فإذا سَلَّمَ أحدهما للآخر ضَمِنَا معًا النصف. والثاني: له الانفراد؛ لما في اجتماعهما من المشقَّة.

وللموضوع عنده المرهون أن يردَّه على العاقدين أو إلى وكيلهما، وليس له أن يردَّه إلى أحدهما بلا إذن؛ فإن غابا ولا وكيل لهما ردّه إلى الحاكم، فإن ردّه إلى أحدهما بلا إذنٍ من الآخر فتلف ضمنه والقرار على القابض.

ولو غصبه المرتهن من العدل أو غصب العين شخصٌ من مُؤْتَمَنٍ كمودع ثم ردّها إلى من غصبها منه برىء، بخلاف من غصب من الملتقط اللُّقطة قبل تمكلها ثم ردّها إليه لم يبرأ؛ لأن المالك لم يأمنه. ولو غصب العين من ضامن مأذون له كالمستعير ثم ردّها إليه برىء كما جزم به صاحب «الأنوار».

ولا ينقل المرهون عند آخر إلَّا إن اتفق العاقدان عليه، فحينئذ يجوز ولو بلا سبب.

(ولو مات العدل) الموضوع عنده، **(أو فسق)**، أو عجز عن حفظه، أو زاد فسق

جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ، وَإِنْ تَشَاحَّا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ.

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ، وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ ....

الفاسق، أو حدثت عداوةٌ بينه وبين أحدهما وطلبا أو أحدهما نقله نقل، و (جعلاه حيث يتفقان)، سواء كان عدلًا أم فاسقًا بشرطه المتقدِّم، (وإن تشاحّا[١] وضعه الحاكم عند عدل) يراه؛ لأنه العدل قطعًا للنزاع. ولو كان في يد المرتهن فتغيَّر حاله فكتغير حال العدل.

فإن قيل: ما صورة التشاحُحِ؟ لأنه إن كان قبل القبض فالتسليم غير واجب، وإجبار الحاكم إنما يكون في واجب، وإن كان بعده فلا يجوز نزعه ممن هو في يده إلَّا باتفاقهما كما مرَّ، أجيب: بأن صورتها فيما إذا كان الرهن مشروطًا في بيع أو وضعاه عند عدلٍ ففسق أو مات كما هو ظاهر كلام المصنّف. وكان الأَوْلى أن يقول: «فإن تشاحّا» كالروضة ليشير إلى التفريع.

[حكم بيع المرهون]

(ويستحق بيع المرهون عند الحاجة) لوفاء الدين إن لم يوف من غيره، (ويُقَدَّمُ المرتهن بثمنه) على سائر الغرماء؛ لأن ذلك فائدة الرهن، وكذا يستحق بيعه في جنايته وعند الإشراف على التلف قبل الحلول. واستنبط ابن الرفعة من استحقاق البيع أنه لا يجب على الراهن الوفاء من غير الرهن كما صرَّح به الإمام وردّه السبكي، واختار أنه يجب الوفاء إما من الرهن وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به، فإنه يجب تعجيلًا للوفاء، وهذا هو الظاهر.

[المتولِّي بيع المرهون]

(ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن[٢]) لأن له فيه حقًّا، (فإن لم يأذن) أي

---

(١) أي في النقل؛ بأن قال أحدهما: «ينقل» وقال الآخر: «لا ينقل»، وقيل: الضمير راجع للآخر؛ أي الذي يوضع عنده. فلو تشاحّا عند عدم تغير حاله ينبغي أن لا يلتفت إليهما؛ بل يبقى في يده ولو فاسقًا، وفيه تصريح بأنَّ الثالث لا ينعزل عن الحفظ بالفسق؛ أي الحاصل عند الوضع، وهو واضح إن كان نائبهما ولم يكن أحدهما يرهن عن غيره؛ «ح ل».

(٢) ولا ينزعه من يده، فلو حلَّ الدين فقال الراهن: «رُدَّه لأبيعه» لم يجب؛ بل يباع في يده، ثمَّ بعد=

قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: «تَأْذَنُ أَوْ تُبْرِىءُ». وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصَرَّ بَاعَهُ الْحَاكِمُ.

المرتهن (قال له الحاكم: تأذن) في بيعه (أو تبرىء) هو بمعنى الأمر؛ أي «ائذن أو أَبْرِىءْ»؛ دفعًا لضرر الراهن.

(ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن) ذلك (ألزمه القاضي قضاء الدين أو بيعه، فإن أَصَرَّ) الراهن أو المرتهن على الامتناع، أو أقام المرتهن حُجَّةً بالدين الحَالِّ في غيبة الراهن (باعه الحاكم) عليه ووفى الدين من ثمنه؛ دَفْعًا لضرر الآخر. وظاهر أنه لا يتعيّن بيعه، فقد يجد له ما يوفي به الدين من غير ذلك، وقد وقع أن شخصًا رهن دارًا بدين ثم غاب وله دار أخرى غير مرهونة، فادَّعى المرتهن على الغائب عند حاكم وأثبت الرهن والدين، وكانت كُلٌّ من الدارين يمكن وفاء الدين من ثمنها، فترك القاضي الدار المرهونة وباع الدار التي ليست بمرهونة، فاختلف المُفتُونَ في ذلك، فمنهم من أفتى بالجواز؛ لأن الواجب الوفاء من مال المديون، فلا فرق بين المرهون وغيره؛ كما لو لم يكن بالدين رهن، ومنهم من أفتى بعدم الجواز لأن بيع المرهون مستحق دون غيره، فلا وجه لبيع غيره مع إمكان بيعه، وَأَوْلَى من ذلك ما أفتى به السبكي من أن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره؛ لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة، فإن كان للغائب نقدٌ حاضرٌ من جنس الدين وطلبه المرتهن وفاه منه وأخذ المرهون، فإن لم يكن له نقدٌ حاضرٌ وكان بيع المرهون أَرْوَجَ وطلبه المرتهن باعه دون غيره. ولو باعه الراهن عند العجز عن استئذان المرتهن والحاكم صحَّ كما هو قضية كلام الماوردي. ولو لم يجد المرتهن عند غيبة الراهن بَيِّنَةً أو لم يكن ثَمَّ حاكمٌ في البلد فله بيعه بنفسه؛ كالظافر بغير جنس حقّه.

فرع: شخص رهن عينًا بدَيْنٍ مؤجَّلٍ وغاب من له الدين، فأحضر الراهن المبلغ إلى

= وفائه ـ أي الدين ـ يسلمه للمشتري برضا الراهن إن كان له حقُّ الحبس، أو للراهن برضا المشتري ما لم يكن له حقُّ الحبس، وإلا لم يحتج لرضاه، ولا يُسَلِّمُ المشتري الثمن لأحدهما إلَّا بإذن الآخر، فإن تنازعا فالحاكم؛ «شرح م ر».

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَهُ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الأَصَحِّ، . . . .

الحاكم وطلب منه قبضه ليفكَّ الرهن، هل له ذلك؟ أجاب السبكي بأن له ذلك، وهو ظاهر.

(ولو باعه المرتهن بإذن الراهن فالأصح أنه إن باعه بحضرته صحّ) البيع، **(وإلّا فلا)** يَصِحُّ؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه فَيُتَّهَمُ في الغيبة بالاستعجال وترك التحفّظ دون الحضور. والثاني: يصحّ مطلقًا؛ كما لو أذن له في بيع غيره، والثالث: لا يصح مطلقًا؛ لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقّه؛ إذ المرتهنُ مستحقٌّ للبيع. ومحلُّ هذه الأقوال إذا كان الدين حالًّا ولم يعيّن له الثمن ولم يَقُلْ: «استَوْفِ حقّك من ثمنه»، فإن كان الدين مؤجَّلًا صحّ جزمًا، أو عيّن له الثمن صحّ على غير الثالث؛ لانتفاء التهمة، أو قال: «بِعْهُ واستوفِ حَقَّكَ من ثمنه» لم يصح على غير الثاني؛ لوجود التهمة.

وإذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة، والسيد للمجنيِّ عليه في بيع الجاني كإذن الراهن للمرتهن في بيع المرهون.

[حكم بيع العدلِ المرهونَ وما يشترط فيه]

(ولو شُرط) ـ بضمِّ أوَّله ـ **(أن يبيعه)** أي المرهونَ **(العدل)** عند المَحِلِّ **(جاز)** وصحّ هذا الشرط، **(ولا يشترط مراجعة الراهن)** في البيع **(في الأصح)**؛ لأن الأصل بقاء الإذن الأول. والثاني: تشترط؛ لأنه قد يكون له غرضٌ في بقاء العين وقضاء الحَقِّ من غيرها. واحترز بـ«الراهن» عن المرتهن، فيتشرط مراجعته قطعًا كما نقله الرافعي عن العراقيين، فإنَّه ربما أمهل أو أبرأ، وقال الإمام: «لا خلاف أنه لا يراجع لأن غرضه توفية الحَقِّ»، والمعتمد الأول؛ لأن إذنه في البيع قبل القبض لا يصح بخلاف الراهن.

وينعزل العدل بعزل الراهن وموته لا المرتهن وموته؛ لأنه وكيله في البيع، وإذن المرتهن شرط في صحته؛ لكن يبطل إذنه بعزله وبموته، فإن جدّده له لم يشترط تجديد

فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ، وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتُحِقَّ الْمَرْهُونُ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ.

توكيل الراهن له لأنه لم ينعزل، وإن جَدَّدَ الراهن إذنًا له بعد عزله له اشترط إذن المرتهن؛ لانعزال العدل بعزل الراهن.

(فإذا باع) العدل وقبض الثمن (فالثمنُ عنده من ضمان الراهن)؛ لأنه ملكه والعدل أمينه، فما تلف في يده يكون من ضمان المالك، ويستمر ذلك (حتى يقبضه المرتهن)، فإن ادّعى العدل تلف الثمن عنده ولم يُبَيِّنِ السبب صُدّق بيمينه، وإن بيّنه ففيه التفصيل الآتي في الوديعة، وإن ادّعى أنه سلّمه للمرتهن فأنكر صُدّق بيمينه؛ لأن الأصل عدم التسليم. وإذا رَجَعَ بعد حلفه على الراهن رجع الراهن على العدل ولو صدّقه في التسليم أو كان قد أذن له فيه أو لم يأمره بالإشهاد؛ لتقصيره بترك الإشهاد، فإن قال له: «أشهدتُ وغاب الشهود أو ماتوا» فصدَّقه الراهن، أو قال له: «لَا تُشْهِدْ»، أو أدَّى بحضرة الراهن لم يرجع؛ لاعترافه له في الأولين، ولإذنه له في الثالثة[1]، ولتقصيره في الرابعة.

(ولو تلف ثمنه في يد العدل ثم اسْتُحِقَّ المرهونُ) المبيعُ (فإن شاء المشتري رجع على العدل) لوضع يده عليه، (وإن شاء) رجع (على الراهن)؛ لإلجائه المشتري شرعًا إلى التسليم للعدل بحكم توكيله. (والقرار عليه) أي الراهنِ لما ذكر، فيرجع العدل بعد غرمه عليه.

تنبيه: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين تَلَفِهِ بتفريطٍ وغيره، وليس مرادًا؛ بل إذا كان بتقصير فإنه يقتصر في الضمان عليه كما قال السبكي: «إنَّه الأقرب»، نعم إن نصبه الحاكم للبيع لموت الراهن أو غيبته أو نحو ذلك لم يكن طريقًا في الضمان حيث لا تقصير؛ لأنه نائب الحاكم، والحاكم لا يضمن فكذا هو.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «في الثّانية».

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ ....

[حكم بيع العدلِ المرهونَ بغير ثمن المثل أو بموجَّلٍ أو بغير نقد البلد]

(ولا يبيع العدل) المرهون (إلَّا بثمن مثله حالًّا من نقد بلده) كالوكيل[١]، فإن أخلَّ بشيء منها[٢] لم يصحّ البيع؛ لكن لا يضر النَّقص[٣] عن ثمن المثل بما يتغابن به الناس؛ لأنهم يتسامحون فيه[٤]، قال الإسنوي: «والمتّجه إلحاق الراهن والمرتهن به»، وردّه الزركشي بأن الحقّ لهما لا يعدوهما فيجوز بغير ذلك بخلاف العدل، ورُدَّ عليه: بأن الكلام في كُلٍّ منهما منفردًا، نعم محلّه في بيع الراهن ـ كما قاله الزركشي ـ فيما إذا نقص عن الدين، فإن لم ينقص عنه ـ كما لو كان المرهون يُساوي مائة والدين عشرة، فباعه بإذن المرتهن بالعشرة ـ صحَّ؛ إذْ لا ضرر على المرتهن في ذلك. ولو قال الراهن للعدل: «لا تَبِعْهُ إلَّا بالدراهم» وقال المرتهن: «لا تَبِعْهُ إلَّا بالدنانير» لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن؛ كذا أطلقه الشيخان، ومَحَلُّه ـ كما قال الزركشي ـ إذا كان للمرتهن فيه غرض، وإلَّا كأن كان حقُّه دراهِمَ ونقد البلد دراهم وقال الراهن: «بِعْهُ بالدراهم» وقال المرتهن: «بالدنانير» فلا يُرَاعَى خلافه، ويُباع بالدراهم كما قطع به القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما. وإذا امتنع على العدل البيع بواحدٍ منهما باعه الحاكم بنقد البلد وأخذ به حَقَّ المرتهن إن لم يكن من نقد البلد، أو باع بجنس الدين وإن لم يكن من نَقْدِ البلد إن رأى ذلك.

(فإن زاد) في الثمن (راغبٌ) يُوثَقُ به زيادةً لا يتغابن الناس بمثلها بعد لزوم البيع لم تؤثر، ولكن يستحب أن يستقيل[٥] المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو للمشتري إن

---

(١) ومنه يؤخذ عدم صحة شرط الخيار لغير موكِّله، ولا يُسَلِّمُ المبيع قبل قبض الثمن وإلا ضمن؛ «ح ل»، قال «ق ل»: «وإن لم يكن من جنس الدين». ويبدله الحاكم بجنسه.

(٢) أي من هذه الأمور الثلاثة لم يصحَّ البيع، وظاهره وإن كان نقد غير البلد أنفع؛ «ح ل».

(٣) ما لم يكن ثَمَّ من يدفع ثمن المثل، وإلَّا فلا يبيع إلَّا منه؛ «ح ل».

(٤) فيه تعليلُ الشيء بنفسه؛ لأنَّ التغابن التسامح، وأجيب: بأنَّا لا نُسَلِّمُ أنَّ معناه التسامح، وإنَّما معناه يبتلى بالغبن به كثيرًا. وتفسيره بما تقدَّم تفسير باللازم؛ «سم» بالمعنى، وعبارة «ع ش» على «م ر»: ربَّما يتغابن به الناس؛ أي يبتلون به كثيرًا، وذلك إنَّما يكون في الشيء اليسير.

(٥) في نسخة البابي الحلبي: «يستقبل».

قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ.

وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ، . . . .

شاء. أو زاد الراغب (قبل انقضاء الخيار) للمجلس أو الشرط (فليفسخ) أي العدلُ البيعَ (ولْيَبِعْهُ) له أو للمشتري إن شاء. ولو باعه ابتداءً من غير فسخ صحَّ وكان البيع فسخًا، وهو أَوْلى؛ لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب، ولو لم يفعل ما ذُكِرَ انفسخ؛ لأن زمن الخيار كحالة العقد، وهو يمتنع عليه أن يبيعه بمثل الثمن وهناك راغبٌ بزيادةٍ. فلو رجع الراغب عن الزيادة: فإن كان قبل التمكين من بيعه فالبيع الأول بحاله، وإلَّا بَطَلَ واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك، وإلَّا فلا بُدَّ من إذن جديد.

[مؤنة المرهون]

(ومؤنة المرهون[١]) من نفقة رقيقٍ[٢] وكسوته، وعلف دابّةٍ، وأجرة سَقْيِ أشجار وجداد ثمار وتجفيفها، ورَدِّ آبق ونحو ذلك (على الراهن) المالك[٣] بالإجماع؛ إلَّا ما رُوي عن الحسن البصري أنها على المرتهن. (ويجبر عليها لِحَقِّ المرتهن على الصحيح[٤])؛ حفظًا للوثيقة. والثاني: لا يُجبر عند الامتناع، ولكن يبيع القاضي جزءًا منه فيها بحسب الحاجة؛ إلَّا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيُباع ويُجعل ثمنه رهنًا. وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكهرب الجَمَّالِ، وسيأتي في الإجارة.

(١) أي التي بها بقاؤه، فخرج نحو أجرة طبيب وثمن دواء فهي واجبة ولو لغير مرهون، ونحو مؤنة سمن فلا يجبر عليها. ولو تعذرت المؤنة من الراهن لغيبته أو إعساره مَالَهُ الحاكم من مَالِهِ إن رأى له مالًا، وإلا فيقترض عليه أو يبيع جزءًا منه، ولو مَالَهُ المرتهن رجع إن كان بإذن الحاكم أو بإشهاد عند فقده وإلا فلا؛ «ق ل» على «الجلال».

(٢) ومما يلزم كالمؤنِ إعادةُ ما انهدم من المرهون، وإنما لم يجب نظير ذلك في الدَّار المؤجرة؛ لأن تخيير المستأجر يجبر تضرُّره بذلك، والمرتهن لا جابر لتضرُّره إلَّا إعادة المرهون على ما كان عليه، هذا ما يتَّجه في الفرق كما لا يخفى؛ قاله في «الإيعاب»؛ «شوبري».

(٣) وأمَّا في المستعير فعلى مالك المرهون، وهو المعير؛ «ح ل» و«شوبري».

(٤) أي لا من حيث الملك؛ لأنَّ له ترك سقي زرعه وعمارة داره، ولا لِحَقِّ الله تعالى لاختصاصه بذي الرُّوح، وإنَّما لم يلزم المؤجر عمارة الدار؛ لأنَّ ضرر المستأجر يندفع بثبوت الخيار له؛ «ز ي».

وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ. . . . .

تنبيه: قال الإسنوي: قوله: «ويجبر عليها. . . إلى آخره» حشوٌ لا حاجة إليه؛ بل يوهم أن الإيجاب مُتَّفَقٌ عليه، فلو حذفه كان أصوب؛ نعم لو حذف الواو من قوله «ويجبر» زال الإيهام خاصة. انتهى، وهذا ممنوع؛ إذ كلام «الروضة» صريحٌ في أن الخلاف في الإجبار وعدمه فقط، وقد مرَّ أن كون المؤنة على المالك مُجْمَعٌ عليه إلَّا ما حُكي عن الحسن البصري. فإن قيل: يستثنى من كلامهم المؤن المُتَعَلِّقَةُ بالمداواة؛ كالفصد والحجامة وتوديج الدابة ـ وهو بمنزلة الفَصْدِ في الآدميين ـ والمعالجة بالأدوية فلا تجب عليه. أجيب: بأن هذه لا تسمَّى مُؤْنةً فلم يتناولها كلامهم، ولهذا ذكرها المصنف عقب ذلك بقوله:

(ولا يُمنع الراهن من مصلحة المرهون[1]؛ كفَصْدٍ وحجامة) ومعالجة بالأدوية والمراهم حفظًا لِمِلْكِهِ، فدلّ ذلك على عدم دخولها فيما تقدم.

وله خِتَانُ الرقيق إن لم يخف منه وكان يندمل قبل الحلول، سواء في ذلك الصغير والكبير كما أطلقه الجمهور؛ لأنه لا بُدَّ منه، والغالب فيه السلامة. وله قطع السِّلْعَةِ واليد المتأكّلة والمداواة إذا غلبت السلامة، وإلَّا امتنع عليه ذلك. وله نقل المزدحم من النخل إذا قال أهلُ الخبرة نقلها أنفع، وقطع البعض منها لإصلاح الأكثر، والمقطوع منها مرهون بحاله، وما يحدث من سَعَفٍ وَجَرِيد وليفٍ غير مرهون، وكذا ما كان ظاهرًا منها عند العقد؛ كالصوف بظهر الغنم. وله رَعْيُ الماشية في الأمن نهارًا ويردّها إلى المرتهن أو العَدْلِ ليلًا، وله أن ينتجع بها إلى الكَلأِ ونحوه لعدم الكفاية في مكانها ويردّها إلى عدل يَتَّفِقَانِ عليه أو ينصبه الحاكم، ويجوز للمرتهن الانتجاعُ بها للضرورة؛

(١) لا من حيث الملك، ولا من حيث حقّ الله تعالى لاختصاصه بذي الروح. وله ختان الرقيق وإن كان كبيرًا إن لم يخف منه، وكان يندمل قبل الحلول؛ لأنَّ الغالب فيه السلامة، وله قطع سلعة إن غلبت السّلامة وإلا فلا؛ «ح ل» و«ق ل». قال العلامة الشوبريّ: ولم يقيد بالمالك كسابقه، ولعلّه حذفه منه لدلالةِ سابقةٍ كما يرشد إليه قوله: «حفظًا لملكه»، ويبقى النظر في المستعير الراهن هل له ذلك بنفسه؛ لأنّه من المصالح، ومثله الوديع، أو لا بدَّ في ذلك من مراجعة الحاكم أو المالك؟ ولعلَّ هذا هو الوجه، فليُراجع.

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ. . . . .

كما يجوز له نقل المتاع من بيتٍ غير مُحْرز إلى محرز، فإن انتجعا إلى مكانٍ واحدٍ فذاك، أو إلى مكانين فَلْتَكُنْ مع الراهن، ويتفقان على عدلٍ تبيت عنده أو ينصبه الحاكم كما مرَّ.

[صفة يد المرتهن على المرهون]

(وهو) أي المرهون (أمانة في يد المرتهن[1])؛ لخبر: «الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ـ أي من ضمان رَاهِنِهِ ـ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[2]، وقال الشافعي: «وهذا أفصح ما قاله العرب: الشيءُ من فلان؛ أي من ضمانه»، فلو شرط كونه مضمونًا لم يصح الرهن. (ولا يسقط بتلفه شيءٌ من دينه) كموت الكفيل بجامع التوثُّقِ.

تنبيه: قوله «ولا يسقط» بالواو أحسن من حذفها في «المحرَّر» و«الروضة» وأصلها؛ لأنها تدلّ على ثبوت حكم الأمانة مطلقًا، ويتسبَّب عدم السقوط عنها.

ولا يلزمه ضمانه بمثلٍ أو قيمة إلَّا إن استعاره الراهن أو تعدَّى فيه أو منع من ردّه بعد سقوط الدين والمطالبة، أما بعد سقوطه وقبل المطالبة فهو باقٍ على أمانته.

فروع: ليس للراهن أن يقول للمرتهن: «أَحْضِرِ المرهونَ وأنا أقضي دَيْنَكَ» إذ لا يلزمه الإحضار ولو بعد قضاء الدين، وإنما عليه التمكين كالمُودَعِ، والإحضارُ

---

(١) واستثنى البلقينيُّ من هذه القاعدة تبعًا للمحامليِّ ثمان مسائل: ما لو تحوَّل المغصوب رهنًا، أو تحوَّل المرهون غصبًا، أو تحوَّل المرهون عارية، أو تحوَّل المستعار رهنًا، أو رهن المقبوض ببيع فاسد، أو رهن مقبوض بسوم، أو رهن ما بيده بإقالة أو فسخ قبل قبضه، أو خالع على شيء ثمَّ رهنه قبل قبضه ممن خالعه؛ «شرح م ر».

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه»، كتاب البيوع /٢٨٩٧/ بلفظ: «لا يغلق الرهن، له غنمه وعليه غرمه».
قال الدارقطني ـ رحمه الله تعالى ـ: زياد بن سعد من الحفاظ الثقات، وهذا إسناد حسن متصل.
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣١٥/ بمثل لفظ الدارقطني رحمه الله تعالى، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يُخرجاه. ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص» فقال: على شرط البخاري ومسلم.

وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ، . . . .

وما يحتاج إليه من مؤنة على ربّ المال. ولو قال: «خذ هذا الكيس واسْتَوْفِ حَقَّكَ منه» فهو أمانة في يده إلى أن يستوفي، فإذا استوفاه صار مضمونًا عليه. ولو قال: «خُذْهُ بدراهمك» وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القَدْرِ أو كانت أكثر أو أقلّ من دراهمه لم يملكه ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد، وإذا كانت معلومةً بِقَدْرِ حقّه ملكها إن لم يكن للكيس قيمة، وإلَّا فهو من مسألة قاعدة «مُدّ عَجوة».

[حكم ضمان فاسد العقود]

(وحكم فاسد العقود) الصَّادرة من رشيدٍ (حكم صحيحها في الضمان) وعدمه؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحُهُ الضمان بعد التسليم ـ كالبيع والإعارة ـ ففاسده أَوْلى، أو عدمه ـ كالرَّهن والهبة بلا ثواب والعين المستأجرة ـ ففاسده كذلك؛ لأن واضع اليد[١] أثبتها بإذن مالكها ولم يلتزم بالعقد ضمانًا. والمراد بما ذكر التسوية في أصل الضمان لا في الضامن ولا في المقدار فإنهما قد لا يستويان.

وخرج بزيادة: «الصَّادر من رشيد»[٢] ما لو صدر من غيره ما لا يقتضي صحيحُهُ الضمان فإنه مضمون.

واستثني من طرد هذه القاعدة ومن عكسها مسائل:

فمن **الأول**: ما إذا قال: «قارضتُكَ على أن الربح كُلَّهُ لي» فهو قراض فاسد ولا يستحق العامل أجرةً، وما لو قال: «ساقيتُكَ على أن الثمرة كُلَّهَا لي» فهو فاسد

(١) جواب عما يقال: الصحيح لا يضمن؛ لأنه أذن فيه كُلٌّ من الشارع والمالك، وأما الفاسد فلم يأذن فيه الشارع، فكان يناسبه الضمان لنهي الشارع عنه، فأجاب: بأن واضع اليد لما كان بإذن المالك لم يترتب عليه الضمان.

(٢) اعترض بعضهم التقييد بـ«الرشيد»: بأنَّه لا حاجة إليه؛ لأنَّ عقد غيره باطل لاختلال ركنه لا فاسد، والكلام في الفاسد. وأقول: هذا الاعتراض ليس بشيء؛ لأن الفاسد والباطل عندنا سواء إلَّا فيما استثني وهو أربعة: الحجُّ والعارية والخلع والكتابة بالنسبة لأحكامٍ مخصوصةٍ، فالتقييد في غاية الصحّة والاحتياج إليه، فليتأمّل.

انظر: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطُّلاب، (٢/ ٣٨٥).

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَا، وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ أَمَانَةٌ، . . . .

ولا يستحق العامل أجرةً، والأَوْلَى عدم استثناء هاتين الصورتين؛ لأنهما لم يدخلا في هذه القاعدة؛ لأن المراد بها ما يقتضي فسادُهُ ضمانَ العوض المقبوض، والمالكُ هنا لم يقبض عوضًا فاسدًا، والعامل رضي بإتلاف منافعه وباشر إتلافها. وما لو صدر عقد الذمة من غير الإمام فهو فاسدٌ ولا جزية فيه على الذِّمِّيِّ، قال ابن السبكي: «وهذه لا تستثنى أيضًا؛ لأن القائل بعدم الوجوب لا يقول بفسادها؛ بل يجعل الصادر لغوًا غير عقد صحيح ولا فاسد؛ أي فإتلاف الحربيّ غير مضمون فلم يلزمه عوض المنفعة؛ كما لو دخل دارنا وأقام فيها مُدَّةً ولم يعلم به الإمام».

ومن الثاني: الشركة، فإنه لا يضمن كُلٌّ من الشريكين عمل الآخر مع صحَّتها ويضمنه مع فاسدها، فإذا خلطا ألفًا بألفين وعَمِلَا فصاحب الألفين يرجع على صاحب الألف بِثُلُثِ أجرة مثله، وصاحب الألف يرجع بِثُلُثَي أجرته على صاحب الألفين. وما لو صدر الرهن أو الإجارة من مُتَعَدٍّ كغاصب فتلفت العينُ في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه وإن كان القرار على المُتَعَدِّي، مع أنه لا ضمانَ في صحيح الرهن والإجارة.

ولو قيل في هذه القاعدة: «كُلُّ عين لا تعدِّي فيها وكانت مضمونةً بعقدٍ صحيحٍ كانت مضمونةً بفاسد ذلك العقد، وما لا فلا» لم يَرِدْ ـ كما قال شيخي وغيره ـ شيء من هذه المسائل المستثنيات.

[حكم الرهن إذا ما شرط كون المرهون مبيعًا له عند الحلول]

ومن فروع هذه القاعدة ما ذكره بقوله: (ولو شرط كون المرهون مبيعًا له عند الحلول فَسَدَا[١]) أي الرهنُ لتأقيته، والبيعُ لتعليقه، (وهو) أي المرهون في هذه الصورة (قبل المَحِلِّ) ـ بكسر الحاء ـ أي وقت الحلول (أمانة)؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد. واستثنى الزركشي ما إذا لم يَمْضِ بعد زمن الحلول زمنٌ يتأتَّى فيه القبض وتلف فلا ضمان، ومن ذلك ما لو رهنه أرضًا

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «فسد».

وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ.

وَلَوْ وَطِيءَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَزَانٍ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: «جَهِلْتُ ....

وأذن له في غرسها بعد شهرٍ فهي قبل الغرس أمانةٌ بحكم الرهن، وبعده عاريَّة مضمونة بحكم العاريَّة.

تنبيه: قد تتناول عبارة المصنف ما لو عَلَّقَ ذلك على عدم القضاء فقال: «رهنتُكَ وإذا لم أَقْضِكَ عند الحلول فهو مبيعٌ منك»، ولا شك في فساد البيع في هذه الصورة، وأما الرهن فالظاهر ـ كما قال السبكي ـ صحته، وكلام الروياني يقتضيه، وكذا إذا لم يأت بذلك على سبيل الشرط؛ بل رهنه رهنًا صحيحًا وأقبضه ثم قال له: «إذا حَلَّ الأجلُ فهو مبيع منك بكذا» فَقَبِلَ فالبيع باطلٌ والرهن صحيحٌ بحاله.

[حكم تصديق المرتهن في دعوى التَّلف والرَّدِّ بيمينه]

(ويصدّق المرتهن في دعوى التَّلف بيمينه) إذا لم يذكر سببه، فإن ذكره ففيه التفصيل الآتي في الوديعة. والمقصود من هذه المسألة هو عدم الضمان ولم يُصَرِّحْ به المصنِّف، وإلَّا فالمتعدِّي ـ كالغاصب ـ يصدق بيمينه في ذلك. (ولا يصدق في) دعوى (الرَّدِّ) على الراهن (عند الأكثرين)؛ لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستعير؛ كما أن المستأجر لا يصدق في دعوى الرَّدِّ على المؤجّر لذلك، ويصدق عند غيرهم بيمينه كالمُودَعِ.

ضابطٌ: كُلُّ من ادَّعى الرَّدَّ على من ائتمنه يصدَّق بيمينه إلَّا المرتهن والمستأجر.

[حكم وطء المرتهن المرهونَةَ]

(ولو وَطِيءَ المرتهن المرهونة) من غير إذن الراهن (بلا شبهةٍ) منه (فَزَانٍ)، فعليه الحدُّ، ويجب المهر[١] إن أكرهها؛ بخلاف ما إذا طاوعته. (ولا يُقبل قوله: «جهلت

---

(١) أي مهر ثَيِّبٍ إن كانت ثيبًا، ومهر بكر إن كانت بكرًا، وأرش بكارة إن لم يأذن له في الوطء، وإلَّا لم يجب الأرش؛ «شوبريّ». وعبارة «ع ش» على «م ر» قوله: «لزمه مهر»: قال شيخنا «زي»: ويجب في بكر مهر بكر، ويتَّجه أرش البكارة مع عدم الإذن لا مع وجوده؛ لأن سبب وجوبه الإتلاف، وإنَّما يسقط أثره بالإذن، وهذا هو المعتمد.

تَحْرِيمَهُ» إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ عَهْدُهُ بِالإِسْلَامِ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ. وَإِنْ وَطِىءَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الأَصَحِّ فَلَا حَدَّ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، . . . .

تحريمه») أي الوطء؛ (إلَّا أن يقرب عهدُهُ بالإسلام، أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء) فيقبل قوله لدفع الحَدِّ؛ لأنه قد يخفى عليه بخلاف غيره، ويجب المهر. وينبغي أن يكون الحكم كذلك فيما إذا كانت المرهونة لأبيه أو أُمِّهِ وادَّعى جَهْلَ تحريمها عليه كما نَصَّ عليه الشافعي في «الأُمِّ».

واحترز بقوله: «بلا شبهة» عمّا إذا ظنّها زوجته أو أَمَتَهُ، فإنه لا حَدَّ عليه ويجب المهر.

قال الأذرعي: «إن أراد الأئمَّة بقرب الإسلام من قدم من دار الحرب ونحوها فذاك، وأما مُخالطونا من أهل الذِّمَّةِ فلا ينقدح فرق بينهم وبين الأغنياء من عَوَامِّنَا، فإما أن يصدقوا أو لا». انتهى، والظاهر إطلاق كلام الأصحاب. والمراد جهل تحريم وطء المرهونة؛ كأن قال: «ظننتُ أن الارتهان يبيح الوطء» وإلَّا فكدعوى جهل تحريم الزِّنَا.

قال الشَّارح: وقوله: «فَزَانٍ»؛ أي «فهو زانٍ» كما في «المحرَّر»، جواب «لو» بمعنى «إنْ» مجردة عن زمان. انتهى، وهو جواب عمّا يقال: «لو نَفْسُها لا تُجاب بالفاء»، أجاب: بأنهم أَجْرَوْهَا مجرى «إن»، وقال: «مجرَّدة عن الزمان»؛ لأنها تقتضي الاستقبال، وقال: «فهو زانٍ»، لأن جوابها لا يكون إلَّا جملة.

(وإن وطىء بإذن الراهن) المَالِكِ لها **(قبل دعواه جهل التحريم)** للوطء مطلقًا **(في الأصح)**؛ لأن التحريم بعد الإذن لَمَّا خفي على عَطَاءٍ مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العَوَامِّ. والثاني: لا يُقبل؛ لبُعْدِ ما يدعيه؛ إلَّا أن يقرب عهده بالإسلام أو ينشأ بعيدًا عن العلماء. وإذا قُبِلَ قوله في ذلك **(فلا حَدَّ)** عليه. وأفهم كلامهم أنه لو لم يَدَّعِ الجهل أنه يحدّ، وهو كذلك.

(ويجب المهر إن أَكْرَهَهَا) أو جهلت التحريم؛ كأعجميَّةٍ لا تعقل، **(والولد حُرٌّ نسيبٌ)** في هذه الصورة وفي صورة انتفاء الحَدِّ السابقتين؛ لأن الشبهة كما تدرأ الحَدَّ

وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ.

وَلَوْ أُتْلِفَ الْمَرْهُونُ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا، وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الأَصَحِّ.

وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ اقْتَصَّ الرَّاهِنُ ....

تُثْبِتُ النسب والحرية. (وعليه قيمته للراهن)؛ لتفويته الرِّقَّ عليه، قال الزركشي: «وينبغي أن يُستثنى منه ما لو كان يعتق على الراهن كما سيأتي في نكاح الأَمَةِ». وإذا ملك المرتهن هذه الأَمَةَ لم تَصِرْ أمّ ولد له لأنها علقت به في غير ملكه، نعم لو كان أبًا للراهن صارت أُمَّ ولدٍ له بالإيلاد كما هو معلوم في النكاح. ولو ادّعى بعد الوطء أنه كان مَلَكَهَا فنَكَلَ الراهن وحلف فالولد رقيقٌ كأُمِّهِ، فإن نكل الراهن فحلف المرتهن أو ملكها صارت أمَّ ولدٍ له، والولد حُرٌّ لإقراره؛ كما لو أقرَّ بحرية عبدٍ في يد غيره ثم ملكه.

[حكم ما لو أُتلف المرهون وقبض المرتهن البدل]

(ولو أُتْلِفَ المرهونُ وقبض بَدَلَهُ) أو لم يقبض كما في «زيادة الروضة» (صار رهنًا) لقيامه مقامه، ويجعل في يَدِ من كان الأصل في يده، ولا يحتاج إلى إنشاء رهن، بخلاف بدل الموقوف إذا أتلف فإن الأصحّ أنه لا بُدَّ من إنشاء الوقف فيه، والفرقُ: أن القيمة يصحّ أن تكون رهنًا ولا يصح أن تكون وقفًا. ولا يضر كونه دينًا قبل قبضه في الثانية وإن اقتضى كلام المصنف خلافَهُ؛ لأن الدين إنما يمتنع رهنه ابتداءً كما مَرَّتِ الإشارة إليه عند شرط المرهون كونه عينًا.

(والخصم في البدل) المالك (الراهن) أو المعير للمرهون؛ لأنه المالك للرقبة والمنفعة. (فإن لم يُخاصم لم يُخاصم المرتهن في الأصح) وإن تعلّق حقّه بما في الذمة؛ لأنه غير مالك، وله إذا خاصم المالكُ حضورُ خصومته لتعلّق حقّه بالبدل. والثاني: يخاصم؛ لأن حقّه تعلّق بما في الذِّمَّةِ. ويجري الخلاف فيما لو غصب المرهون. ومحلّ الخلاف إذا تمكّن المالك من المخاصمة، أما لو باع المالك العينَ المرهونة فللمرتهن المخاصمة جزمًا كما أفتى به البلقيني واستظهره ابن شهبة.

(ولو) جنى رقيقٌ على الرقيق المرهون و(وجب قصاصٌ اقتصّ الراهن) منه أو عفا

وَفَاتَ الرَّهْنُ، فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَطَأٍ لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِيَ.

وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ، . . . .

مجانًا، (وفات الرهن)؛ لفوات محلّه بلا بدل. هذا إذا كانت الجناية في النفس، فإذا كانت في طَرَفٍ أو نحوه فالرهن باقٍ بحاله. ولو أعرض الراهن عن القصاص والعفو ـ بأن سكت عنهما ـ لم يُجبر على أحدهما؛ لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أَوْلى. (فإن وجب المال بعفوه) عن القصاص على مال (أو بجناية خَطَأٍ) أو شبه عمد أو عمد يوجب مالًا لعدم المكافأة مثلًا صار المال مرهونًا ولو لم يقبض كما مرَّ، (ولم يصحّ عفوه) ـ أي الرَّاهِنِ ـ عنه؛ لتعلّق حق المرتهن به.

تنبيه: قول بعض المتأخرين: «ثم مَحَلُّ كون ما ذكر رهنًا في الذمة إذا كان الجاني غير الراهن، وإلَّا فلا يصير مرهونًا إلَّا بالغرم؛ إذ لا فائدة في كونه مرهونًا في ذِمَّتِهِ بخلافه في ذمة غيره» ممنوعٌ؛ إذ فائدته أنه يُقَدَّمُ به على الغرماء. وقول الماوردي: «ومحلّ ما ذكر في الجناية إذا نقصت القيمة بها ولم يزد الأرش، فلو لم تنقص بها؛ كأن قطع ذكره وأنثياه، أو نقصت بها وكان الأرش زائدًا على ما نقص منها فاز المالك بالأرش كُلِّهِ في الأُولى وبالزائد على ما ذكر في الثانية» ممنوعٌ أيضًا؛ لأن حَقَّ المرتهن تعلّق بذلك، فهو كما لو زاد سعر المرهون بعد رهنه.

ولو اقتصر المصنف على قوله: «فإن وجب المال» ليشمل ما لو وجب المال ابتداءً بجناية عمدٍ لا قصاص فيها كما قدرته في كلامه ـ كالهاشمة، أو لكون الجاني أصلًا ـ لكان أَوْلَى.

(ولا) يصحّ (إبراء المرتهن الجاني)؛ لأنه غير مالك، ولا يسقط بإبرائه حَقُّهُ من الوثيقة إلَّا إن أسقطه منها.

[حكم سريان الرّهن إلى الزيادة المتّصلة والمنفصلة في المرهون]

(ولا يسري الرهن إلى زيادته) أي المرهونِ (المنفصلة؛ كثمرةٍ وولدٍ) وصوفٍ ولَبَنٍ وبيض ومهر جارية؛ لأنه عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسري إليها كالإجارة،

فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الأَظْهَرِ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الأَظْهَرِ.

بخلاف المتصلة ـ كَسِمَنٍ وكُبْرٍ وتعليم ـ فإنها تتبع الأصل لعدم تمييزها. **(فلو رهن حاملًا وحَلَّ الأجل وهي حامل بيعت)** كذلك؛ لأنّا إن قلنا: «الحمل يُعلم» وهو الأصح فكأنه رهنهما معًا، وإلّا فقد رهنها والحمل محضُ صفةٍ.

تنبيه: عبارة «المحرّر»: «ولو رهن حاملًا ومسّت الحاجة إلى البيع وهي حامل بَعْدُ فتُباع في الدين»، وهي أعمُّ من عبارة الكتاب لشمولها البيع في جناية مثلًا.

(وإن ولدته بيع معها في الأظهر)؛ بناءً على أن الحمل يعلم، فهو رهن. والثاني: لا يباع معها؛ بناءً على أن الحمل لا يعلم، فهو كالحادث بعد العقد. **(وإن كانت حاملًا عند البيع دون الرهن فالولد ليس برهنٍ في الأظهر)**؛ بناءً على أنه يعلم. والثاني: نعم؛ بناءً على مقابله فيتبع كالصفة.

تنبيه: قضية كلامه أن مقابل الأظهر أنَّ الولدَ يكون مرهونًا، وليس مرادًا؛ لأنه مُفَرَّعٌ على أن الحمل لا يعلم فكيف يرهن؟! وإنما المراد أنه يباع معها كالسِّمَنِ، وعلى الأول يتعذَّرُ بيعها حتى تضع؛ قال ابن المقري تبعًا للإسنوي: «إن تعلّق به حَقٌّ ثالث بوصية أو حجرِ فلسٍ أو موت، أو تعلّق الدين برقبة أُمِّهِ دونه كالجانية والمعارة للرهن أو نحوها؛ وذلك لأن استثناء الحمل متعذِّرٌ، وتوزيع الثمن على الأمِّ والحمل كذلك؛ لأن الحمل لا تُعرف قيمته». أما إذا لم يتعلّق به أو بها شيء من ذلك فإن الراهن يُلْزَمُ بالبيع أو بتوفية الدين، فإذا امتنع من الوفاء من جهة أخرى أجبره الحاكم على بيعها إن لم يكن له مالٌ غيرها، ثم إن تساوى الثمن والدَّين فذاك، وإن فضل من الثمن شيءٌ أخذه المالك، وإن نقص طُولِبَ بالباقي.

ولو رهن نخلةً ثم أطلعت استثنى طلعها عند بيعها، ولا يمنع بيعها مطلقًا، بخلاف الحامل.

* * *

٣ـ فصلٌ [في جناية المرهون]

جَنَى الْمَرْهُونُ قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، فَإِنِ اقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ بَطَلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ، ....

فصلٌ [في جناية المرهون]

[حكم جناية المرهون على أجنبيٍّ]

إذا (جنىٰ المرهون) على أجنبي جنايةً تتعلَّقُ برقبته (قُدِّمَ المجني عليه) على المرتهن؛ لأنه لا حقَّ له في غير الرقبة، فلو قُدِّمَ المرتهن عليه لضاع حقّه، وأما المرتهن فحقُّه متعلِّق بها وبالذِّمَّةِ فلا يفوت بفواتها. ولو أمره سيّده بالجناية وهو مُمَيِّزٌ فلا أثر لإذنه في شيء إلَّا في الإثم، أو غير مُمَيِّزٍ أو أعجمي يعتقد وجوب طاعة سيّده في كُلِّ ما يأمره به فالجاني هو السَّيِّدُ، ولا يتعلَّقُ برقبة العبد قصاصٌ ولا مال، ولا يُقبل قول السَّيِّدِ: «أنا أمرتُهُ بالجناية» في حَقِّ المجنيّ عليه؛ لأنه يتضمن قطع حقّه عن الرقبة؛ بل يباع العبد فيها، وعلى سَيِّدِهِ قيمته لتكون رهنًا مكانه لإقراره بأمره بالجناية. وأَمْرُ غير السَّيِّدِ العبد بالجناية كالسَّيِّدِ فيما ذكر؛ كما ذكروه في الجنايات وصرّح به الماوردي هنا.

(فإن اقتصّ) المُسْتَحِقُّ في النفس أو غيرها؛ بأن أوجبت الجناية قصاصًا، (أو بيع) المرهون كُلُّهُ أو بعضه (له) أي لِحَقِّ المجنيّ عليه؛ بأن أوجبت الجناية مالًا أو عُفِيَ[1] على مال (بطل الرهن) فيما اقتصّ أو بيع لفوات محلّه، نعم إن وجبت قيمته ـ كأن كانت تحت يد غاصب ـ لم يَفُتِ الرهن؛ بل تكون قيمته رهنًا مكانه، فلو عاد المبيع إلى ملك الراهن لم يكن رهنًا.

تنبيه: قد علم من اقتصاره على القصاص والبيع أنه لو سقط حق المجنيّ عليه بعفوٍ أو فداء لم يبطل.

[حكم جناية المرهون على سيّده]

(وإن جنى) المرهون (على سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ) الرهن في المقتصّ؛ نفسًا كان أو

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «عفا».

وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا. وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَاقْتَصَّ بَطَلَ الرَّهْنَانِ.

وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ، فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ . . . .

طرفًا كما صرَّح به في «المحرّر».

تنبيه: قال الإسنوي: التاء في «اقْتَصَّ» مفتوحة، والضمير يعود إلى المستحِقِّ، فيشمل السَّيِّدَ والوارث والسلطان فيمن لا وارث له، ولا يصح ضمُّها؛ لأنه لا يتعدّى إلّا بـ«مِنْ». وقال الشارح: «بضمِّ التاء»، وقَدَّر «منه». والأُولى أَوْلى لسلامتها من التقدير، ولكن يؤيِّد الشارح ما يأتي في ضبط «عُفي» من قوله: (وإن عُفِيَ على مال لم يثبت على الصحيح)؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مالٌ ابتداءً، (فيبقى رهنًا) كما كان. والثاني: يثبت المال ويُتَوَصَّلُ به إلى فَكِّ الرهن. ومحلّ الخلاف في غير الأَمَةِ التي استولدها السيد المعسر، أما هي فإن الاستيلاد لا ينفذ في حق المرتهن، ولا تباع في الجناية على السيد جزمًا؛ لأن المستولدة لو جَنَتْ على أجنبيّ لا تباع؛ بل يفديها السَّيِّدُ، فتكون جنايتها على سيّدها في الرهن كالعدم.

تنبيه: قوله: «عُفِيَ» بضمِّ العين كما نقل عن خط المصنِّف ليشمل عفو السيد والوارث؛ لكنه معترض من جهة اصطلاحه، فإن الخلاف في عفو السَّيِّدِ وجهان، وفي عفو الوارث قولان، فثبوت المال في الأول ضعيفٌ، وفي الثاني قويٌّ. وأتى بالفاء لأنه مُفَرَّعٌ على الصحيح، وعلى مقابله هو رهن أيضًا؛ لكن يباع في الجناية ويبطل الرهن.

ولو جنى على سيّده خطأً كان كالعفو، فلو قال: «وإن وجد سبب المال» لكان أشمل.

[حكم جناية المرهون على مرهونٍ لسيِّده عند مرتهنٍ آخر]

(وإن قتل) المرهون (مرهونًا لسَيِّدِهِ عند) مرتهنٍ (آخر فَاقْتَصَّ) السَّيِّدُ منه (بطل الرّهنان)؛ لفوات محلِّهما، (وإن) عُفِيَ على غير مال صحّ كما مرَّ، وإن عُفِيَ على مال أو (وجب مال) بجناية خطأ أو نحوه (تعلَّق به) أي المال (حَقُّ مرتهن القتيل)، والمال متعلِّقٌ برقبة القاتل، (فيباع) إن لم تَزِدْ قيمته على الواجب بالقتل، (وثمنه) إن لم يزد

رَهْنٌ، وَقِيلَ: يَصِيرُ رَهْنًا، فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتِ الْوَثِيقَةُ، أَوْ بِدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقِلَتْ.

على الواجب (رهن)، وإلَّا فقدر الواجب منه؛ لا أنه[1] يصير نفسه رهنًا، (**وقيل: يصير رهنًا**) ولا يباع؛ لأنه لا فائدة في البيع إذا كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها، ودُفع: بأن حَقَّ المرتهن في ماليته لا في عينه، ولأنه قد يرغب فيه بزيادةٍ فيتوثق مرتهن القاتل بها، فإن كان الواجبُ أقلَّ من قيمته فعلى الأوَّل يُباع منه بقدر الواجب ويبقى الباقي رهنًا، فإن تعذّر بيع بعضه أو نقص به بِيْعَ الكُلُّ وصار الزائد رهنًا عند مرتهنِ القتيلِ. وعلى الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل.

تنبيه: مَحَلُّ الخلاف إذا طلب الراهنُ النقلَ ومرتهنُ القتيل البيعَ فأيُّهما يُجاب؟ فيه الوجهان. أما إذا طلب الراهنُ البيعَ ومرتهنُ القتيل النقلَ فالمجابُ الراهنُ؛ إذْ لا حَقَّ للمرتهن في عينه. ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطرفين فهو المسلوك قطعًا، أو الراهن ومرتهن القتيل على نقل القاتل أو بعضه إلى المرتهن ليكون رهنًا فليس لمرتهن القاتل المنازعة وطلب البيع؛ لأنه فائدة له في ذلك، قال الرافعي: «ومقتضى التعليل بِتَوَقُّعِ راغبٍ أنه له ذلك».

(**فإن كانا**) أي القاتل والمقتول (**مرهونين عند شخص**) أو أكثر (**بدينٍ واحدٍ نَقَصَتِ الوثيقة**) ـ بفتح النون والصاد المهملة ـ كما لو مات أحدهما.

تنبيه: لو قال «عند مستحِقٍّ» لكان أَوْلى ليشمل ما قدّرْتُهُ؛ إذ لا فرق في ذلك بين الواحد وغيره.

(**أو بدينين**) عند شخص وتعلّق المال برقبة القاتل (**وفي نقل الوثيقة**) به إلى دين القتيل (**غرض**) أي فائدة للمرتهن (**نُقِلَتْ**) وإلَّا فلا. فلو كان أحد الدينين حالًّا والآخر مؤجّلًا، أو كان أحدهما أطول أجلًا من الآخر فللمرتهن التوثّق بثمن القاتل لدين القتيل، فإن كان حالًّا فالفائدة استيفاؤه من ثمن القاتل في الحال، أو مؤجَّلًا فقد توثّق

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «لأنّه يصير».

وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ بَطَلَ.

ويطالب بالحال. وإن اتفق الدينان قَدْرًا وحلولًا وتأجيلًا وقيمةُ القتيل أكثر من قيمة القاتل أو مساوية لها لم تنقل الوثيقة لعدم الفائدة، وإن كان قيمة القاتل أكثر نُقل منه قَدْرُ قيمة القتيل.

وحيث قيل بالنقل للقاتل أو بعضه فالمراد به أنَّه يباع ويصير ثمنه رهنًا مكان القتيل لا رقبته لما مرَّ.

ولو اختلف جنس الدَّينين؛ بأن كان أحدهما دنانير والآخر دراهم، واستويا في المالية بحيث لو قُوِّم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص لم يؤثر؛ خلافًا لِمَا وقع في «الوسيط» من تأثيره، فقد قال الشيخان: «إنه مخالف لِنَصِّ الشافعيِّ والأصحاب كُلِّهِمْ». ولا أثر لاختلافهما في الاستقرار وعدمه؛ كأن يكون أحدهما عوض مبيع قبل القبض أو صداقًا قبل الدخول والآخر بخلافه.

ولو كان بأحدهما ضامنٌ فطلب المرتهن نقل الوثيقة من الدَّين الذي بالضمان إلى الآخر حتى يحصل له التوثّق فيهما. أجيب كما هو قضية كلام المصنِّف، واستظهره بعض المتأخرين؛ لأنه غرضٌ، وقَضِيَّتُهُ أنه لو قال المرتهن: «بيعوه وضعوا ثمنه مكانه، فإنِّي لا آمن جنايته مَرَّةً أخرى، فتؤخذ رقبتُهُ فيها ويبطل الرهن» أنه يجاب؛ لأنه غرضٌ، وفي إجابته وجهان بلا ترجيح؛ رَجَّحَ الزركشي منهما المنع، وهو الظاهر كسائر ما يتوقع من المفسدات، ثم نقل عن أبي خلف الطبريِّ ما حاصله أنه المذهب.

ولو اقتصّ السيد من القاتل فاتت الوثيقة. (ولو تلف المرهون بآفة) سماوية (بطل) الرهن لفواته.

تنبيه: شمل تعبيره بـ«التَّلف» تَخَمُّرَ العصير، وقضيَّته أنه لو عاد خَلًّا لا يعود رهنًا، وتقدم أن الأصح عوده.

وقد يَرِدُ على تقييده بـ«الآفة» ما لو أذن المرتهن للراهن في ضرب المرهون فضربه وتلف منه، فإنه ينفسخ الرهن كما نصَّ عليه في «الأمّ» وجرى عليه الأصحاب.

وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ. وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِىءَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِىءَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُهُ.

[ما ينفكُّ به الرَّهن]

(وينفك) الرهن (بفسخ المرتهن) ولو بدون الراهن؛ لأن الحَقَّ له، وهو جائز من جهته، نعم التَّرِكَةُ إذا قلنا: «إنها مرهونة بالدين» وهو الأصح وأراد صاحب الدين الفسخ لم يكن له ذلك؛ لأن الرهن لمصلحة الميت والفَكُّ يفوتها. وخرج بـ«المرتهن» الراهن فلا ينفك بفسخه للزومه من جهته. (وبالبراءة من) جميع (الدين) بأيِّ وجهٍ كان ولو بحوالة المرتهن على الراهن. ولو اعتاض عن الدين عينًا انفكّ الرهنُ، فلو تلفت أو تقايلًا في المعاوضة قبل قبضها عاد المرهون رهنًا. (فإن بقي شيء منه) أي من الدين وإن قَلَّ (لم ينفكَّ شيء من الرهن) بالإجماع كما نقله ابن المنذر، وكحَقِّ حبس المبيع وعتق المكاتب، ولأنه وثيقة لجميع أجزاء الدين، فلو شرط كلما قُضِيَ من الحَقِّ شيء انفك من الرهن بقدره فسد الرهن؛ لاشتراط ما ينافيه كما قاله الماوردي.

(ولو رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر) في صفقة أخرى (فبرىء من أحدهما انفكَّ قسطه)؛ لتعدد الصفقة بتعدُّد العقد. (ولو رهناه) بدين (فبرىء أحدهما) مما عليه (انفك نصيبه)؛ لتعدد الصفقة بتعدد العاقد ولو اتَّحد وكيلهما؛ قال الإمام: «لأن المدار على اتحاد الدين وعدمه»، ومتى تعدَّد المستحِقُّ أو المُسْتَحَقُّ عليه تعدَّد الدين، بخلاف البيع، فإن العبرة فيه بتعدد الوكيل واتحاده؛ لأنه عقدُ ضمانٍ فَنُظِرَ فيه إلى المباشر له بخلاف الرهن. ولو رهنه عند اثنين فبريء من دين أحدهما انفكّ قسطه لتعدد مُسْتَحِقِّ الدين، فإن قيل: ما يأخذه أحدهما من الدين لا يختصُّ به؛ بل هو مشترك بينهما، فكيف تنفكُّ حِصَّتُهُ من الرهن بأخذه؟ أجيب: بأن ما هنا محلُّه إذا لم تَتَّحِدْ جهة دينهما، أو إذا كانت البراءة بالإبراء لا بالأخذ. ولو رهن عبدًا استعاره من اثنين ليرهنه ثم أدَّى نصفَ الدين وقصد فكاك نصف العبد، أو أطلق ثم جعله عنه انفكَّ نصفُهُ؛ نظرًا إلى تعدد المالك، بخلاف ما إذا قصد الشيوع أو أطلق ثم جعله عنهما أو لم يعرف حاله.

. . . .

فروع: لو رهن شخصٌ آخر عبدين في صفقة وسَلَّمَ أحدهما له كان مرهونًا بجميع الدين كما لو سَلَّمَهُمَا وتلف أحدهما. ولو مات الراهن عن ورثته ففدى أحدُهم نصيبه لم ينفكَّ كما في المُوَرِّثِ، ولأن الرهن صدر ابتداءً من واحدٍ، وقضيته حبس كُلِّ المرهون إلى البراءة من كُلِّ الدين، بخلاف ما لو فدى نصيبه من التركة فإنه ينفكُّ؛ لأن تعلُّق الدين بالتركة إما كتعلُّقِ الرهن به، فهو كما لو تعدَّد الراهن، أو كتعلق الأرش بالجاني، فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدّى أحدُ الشريكين نصيبه ينقطع التعلّق عنه. ولو مات المرتهن عن ورثةٍ فوفّى أحدهم ما يخصّه من الدين لم ينفكَّ نصيبه كما قاله السبكي؛ كما لو وَفَّى مُوَرِّثُهُ بعض دينه وإن خالف في ذلك ابن الرفعة.

* * *

٤ـ فصلٌ [في الاختلاف في الرَّهن وما يتعلَّقُ به]

اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ، وَإِنْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا، . . . .

(فصلٌ) في الاختلاف في الرَّهن وما يتعلَّقُ به

[اختلاف الراهن والمرتهن في أصل الرهن أو قدره أو عينه]

إذا[١] (اختلفا) أي الراهن والمرتهن[٢] (في) أصل (الرهن)؛ كأن قال: «رهنتني كذا[٣]» فأنكر، (أو) في (قدره[٤]) أي الرهن؛ بمعنى المرهون؛ كأن قال: «رهنتني الأرض بأشجارها» فقال: «بل الأرض فقط»، أو في عينه؛ كـ «هذا العبد» فقال: «بل الجارية»، أو قدر المرهون به[٥]؛ كـ «مائتين» فقال: «بل مائة» (صُدِّقَ الراهن) أي المالك (بيمينه) وإن كان المرهون بيد المرتهن؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن.

تنبيه: لو عبّر بـ«المالك» كما قدَّرته لكان أَوْلى؛ لأن الراهن قد يكون مستعيرًا، وأيضًا هو ليس براهنٍ؛ لكن قال الشارح: «إطلاقه على المنكر بالنظر إلى المدعي».

وقوله: (إن كان رهن تبرّع) أي ليس مشروطًا في بيعٍ، قَيْدٌ في التصديقِ. (وإن شرط) الرهن المختلف فيه بوجهٍ مما ذكر (في بيع تحالفا)؛ كما لو اختلفا في سائر كيفيَّاتِ البيع.

---

(١) ليست في نسخة البابي الحلبي.

(٢) أو الراهن والمعير؛ «ح ل».

(٣) أي وأقبضتنيه؛ لأن شرط الدعوى أن تكون ملزمة كذا قاله البرماوي، وفي «الشوبري» ما يقتضي أن هذا التقييد ضعيف، ونصُّها قوله: «حلف راهن»: في «شرح العباب»: قال الزركشي: والكلام في الاختلاف بعد القبض؛ لأنه قبله لا أثر له في تحليف ولا دعوى، ويجوز أن تسمع فيه الدعوى لاحتمال أن ينكل الراهن فيحلف المرتهن ويلزم الرهن بإقباضه له؛ كما ذكره في الحوالة والقرض ونحوهما. انتهى. واعتمد «م ر» في «شرحه» هذا الاحتمال. انتهى «سم».

(٤) أي المرهون، وكذا المرهون به أو صفته كقدر الأجل، ومنها ما لو قال: «رهنتني العبد بمائة» فصدَّقه؛ لكن قال: «كلّ نصف منه بخمسين» مثلًا؛ «ق ل» على «الجلال» و«ح ل».

(٥) أو عينه؛ كدراهم ودنانير، وصفته؛ كأن يدَّعي المرتهن أنَّه رهن على المائة الحَالَّةِ فيستحقُّ الآن بيعه، وادَّعى الراهن أنَّه على المؤجَّل؛ «ح ف».

وَلَو ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ.

تنبيه: شملت عبارته ما لو اتَّفقا على اشتراط الرهن في البيع واختلفا في الوفاء؛ كأن قال المرتهن: «رهنتَ مني المشروط رهنه وهو كذا» فأنكر الراهن، مع أنه لا تحالف حينئذ؛ لأنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو موقع التحالف؛ بل يصدق الراهن بيمينه، وللمرتهن الفسخ إن لم يرهن. وهذه المسألة عُلِمَ حكمها من قوله في اختلاف المتبايعين: «اتفقا على صحة البيع واختلفا في كيفيته» فلا يحتاج إلى ذكرها هنا.

[حكم ما لو ادَّعى على اثنين أنهما رهناه شيئًا وصدَّقه أحدهما دون الآخر]

(**ولو ادّعى**) على اثنين (**أنهما رهناه عبدهما بمائةٍ**) وأقبضاه إيَّاه (**وصدقه أحدهما فنصيب المُصَدِّقِ رهن بخمسين**)؛ مؤاخذةً له بإقراره، (**والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه**) لما سلف. (**وتقبل شهادة المُصَدِّقِ عليه**) أي المُكَذِّبِ؛ لخلوّها عن جلب النفع ودفع الضرر عنه، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي معه ثبت رهن الجميع. ولو زعم كُلُّ واحدٍ منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رَهَنَ أو سكت عن شريكه وشهد عليه قبلت شهادته فربما نسيا[١]، وإن تعمّدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق، ولهذا لو تخاصم اثنان في شيء ثم شهدا في حادثة قُبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذبًا في التخاصم، فإن قيل: ما ذكر من أن الكذبة الواحدة غير مُفَسِّقَةٍ محلُّه عند عدم انضمام غيرها إليها كجحد حَقٍّ واجب، وهذا بتقدير تعمُّده يكون جاحدًا لحقّ واجب عليه فيفسق بذلك، أجيب: بأن شرط كون الجحد مُفَسِّقًا أن يُفَوِّتَ المالية على الغير، وهنا لم يفوت إلَّا حق الوثيقة. فإن قيل: مَحَلُّ ذلك إذا لم يصرّح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل، وإلَّا فلا تقبل شهادتهما لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما، أجيب: بمنع أنه بذلك ظهر منه هذا؛ إذ ليس كُلُّ ظلم خَالٍ عن تأويلٍ مفسقًا بدليل الغِيْبَةِ. ولو ادّعيا على واحد أنه رهنهما عبده وأقبضه لهما وصدق أحدهما قبلت شهادة المُصَدِّقِ للمُكَذِّبِ إن

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «نسي».

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ: فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: «غَصَبْتَهُ» صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: «أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى» فِي الأَصَحِّ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: «لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ»، فَلَهُ تَحْلِيفُهُ، وَقِيلَ: لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا؛ كَقَوْلِهِ: «أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ».

لم يكن شريكه فيه، وسيأتي بيان ذلك في الشهادات إن شاء الله تعالىٰ مبسوطًا.

[اختلاف الراهن والمرتهن في قبض المرهون]

(ولو اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في قبضه) أي المرهون: (فإن كان في يد الراهن أو في يد المرتهن وقال الراهن: «غَصَبْتَهُ» صُدِّقَ الراهن[1] بيمينه)؛ لأن الأصل عدم لزوم الرهن، وعدم إذنه في القبض. (وكذا إن قال: «أقبضته عن جهة أخرى»)؛ كإجارة أو إيداع يُصَدَّقُ بيمينه (في الأصح) المنصوص؛ لأن الأصل عدم إذنه في القبض عن الرهن. والثاني: يصدَّق المرتهن؛ لاتفاقهما على قبضٍ مأذونٍ فيه والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى، وهو خلاف الظاهر لتقدم العقد المُحْوِجِ إلى القبض. ولو اتفقا على الإذن في القبض وتنازعا في قبض المرتهن فالمُصَدَّقُ مَنِ المرهون في يده.

(ولو أقرّ) الراهن (بقبضه) أي المرتهنِ المرهونَ (ثم قال: «لم يكن إقراري عن حقيقة» فله تحليفه) أي المرتهن أنه قبض المرهون. (وقيل: لا يحلفه إلَّا أن يذكر لإقراره تأويلًا؛ كقوله: أشهدتُ على رسم القَبَالَةِ) قبل حقيقة القبض، و«الرَّسم»: الكتابة، و«القَبَالَةُ» ـ بفتح القاف والباء الموحدة ـ: الورقة التي يكتب فيها الحق المُقَرُّ به؛ أي أشهدت على الكتابة الواقعة في الوثيقة لكي آخذ بعد ذلك، أو ظننت حصول القبض بالقول، أو ألقي إليّ كتاب على لسان وكيلي أنه أقبض ثم خرج مُزَوَّرًا؛ لأنه إذا لم يذكر تأويلًا يكون مناقضًا بقوله لإقراره، وأجاب الأول: بأنَّا نعلم أن الوثائق في الغالب يشهد عليها قبل تحقق ما فيها، فأيُّ حاجة إلى تلفظه بذلك؟

وكان ينبغي أن يقول المصنِّف: «ولو أقرّ بإقباضه»؛ لأن به يلزم الرهن.

---

(١) ليست في المخطوط.

وَلَو قَالَ أَحَدُهُمَا: «جَنَى الْمَرْهُونُ»، وَأَنْكَرَ الآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: «جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ» فَالأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، . . . .

تنبيه: قضية كلامه أنه لا فرق بين أن يكون الإقرار في مجلس الحكم بعد الدعوى أم لا، وهو كذلك كما هو مقتضى كلام العراقيين، وجزم ابن المقري وإن قال القفال: «إنه ليس له التحليف إذا كان الإقرار في مجلس الحكم».

وإنما يعتبر إقرار الراهن بالإقباض إذا أمكن، فلو كان بمكة مثلًا فقال: «رهنتُهُ اليوم داري بالشَّامِ وأقبضتُهُ إيَّاها» وهما بمكة فهو لغوٌ؛ نصَّ عليه، قال القاضي أبو الطيب: «وهذا يَدُلُّ على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء»؛ أي لأن هذه الأمور لا يُعَوَّل عليها في الشرع.

[اختلاف الراهن والمرتهن في جناية المرهون]

(ولو قال أحدهما) أي الراهن أو المرتهن: (جنى المرهون) بعد القبض (وأنكر الآخر صُدِّق المنكر بيمينه)؛ لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن، وإذا بيع في الدين فلا شيء للمُقَرِّ له على الراهن بإقراره، ولا يلزم تسليم الثمن إلى المرتهن المُقِرِّ لإقراره. (ولو قال الراهن) بعد القبض: (جنى قبل القبض) المرهون ـ سواء أقال: «جنى بعد الرهن» أم «قبله» ـ وأنكر المرتهن (فالأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره) الجناية؛ صيانةً لحقِّه، فيحلف على نفي العلم؛ لأن الراهن قد يواطىء مُدَّعِي الجناية لغرض إبطال الرهن. والثاني: يُصدَّق الراهن؛ لأنه أَقرَّ في ملكه بما يضرّه.

تنبيه: محلّ القولين إذا عيّن المجنيّ عليه وصدّقه وادّعاه، وإلّا فالرهن باقٍ بحاله قطعًا. ودعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجناية.

(والأصح أنه إذا حلف) المرتهن (غرم الراهن للمجني عليه)؛ لأنه حال بينه وبين حقّه فهو كما لو قتله. والثاني: لا يغرم؛ لأنه أقرّ بما لا يُقْبَلُ إقراره به فكأنه لم يقرّ.

تنبيه: كان الأَوْلى التعبير بـ«الأظهر» كما في «الشرحين» و«الروضة» فإن الخلاف قولان، وهما القولان المشهوران في الغرم للحيلولة.

وَأَنَّهُ يَغْرَمُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، لَا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ.

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الإِذْنِ وَقَالَ: «رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ»، وَقَالَ الرَّاهِنُ: «بَعْدَهُ»، فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ.

وقوله: (وأنه يغرم الأقلَّ من قيمة العبد وأرش الجناية) ـ كجناية أمِّ الولد؛ لامتناع البيع ـ يقتضي أن الخلاف وجهان، وهو طريقان: أصحُّهما القطع بذلك، والثانية: قولان كما في فداء العبد الجاني: أظهرهما: بالأقلِّ من قيمته وأرش الجناية. وثانيهما: الأرش بالغًا ما بلغ، فكان ينبغي التعبير بـ«المذهب».

وقوله: (وأنه لو نكل المرتهن رُدَّتِ اليمين على المجني عليه)؛ لأن الحق له، (لا على الراهن) ـ لأنه لم يدّع لنفسه شيئًا ـ يقتضي أيضًا أنهما وجهان، والأصح أن الخلاف قولان: أصحهما ما مرّ، والثاني: تُرَدُّ على الراهن؛ لأنه المالك والخصومة تجري بينه وبين المرتهن. (فإذا حلف) المردود عليه منهما (بيع) العبد (في الجناية) إن استغرقت الجناية قيمته، وإلَّا بيع منه بقدرها، ولا يكون الباقي رهنًا لثبوت الجناية باليمين المردودة، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه لأنه الذي فَوَّتَهُ بنكوله.

[اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن ببيع المرهون]

(ولو أَذِنَ) المرتهن (في بيع المرهون فبيع) وقال: «رجعت عن الإذن» وأنكر الراهن رجوعه فالقولُ قولُ الراهن بيمينه؛ لأن الأصل عدم الرجوع. (و) لو (رجع عن الإذن وقال) بعد البيع: («رجعت قبل البيع» وقال الراهن:) بل (بعده، فالأصحُّ تصديق المرتهن) بيمينه؛ لأن الأصل عدم البيع، والرجوع في الوقت المُدَّعَى إيقاع كُلٍّ منهما فيه، فيتعارضان فيه ويبقى الرهن. والثاني: يصدَّق الراهن؛ لأنه أعرف بوقت بيعه وقد سلم له المرتهن الإذن، والثالث: قول السابق منهما، وهو الصحيح في نظيره من الرجعة، وفي اختلاف الوكيل والموكِّل في أن العزل قبل البيع أو بعده.

وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ، فَأَدَّى أَلْفًا وَقَالَ: «أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ» صُدِّقَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ، وَقِيلَ: يُقَسَّطُ.

[حكم ما لو كان عليه مبلغان ماليان بأحدهما رهن فأدّى أحدهما وادَّعى أنه أداه عن الرهن]

(ومن عليه ألفان) مثلًا (بأحدهما رهنٌ) أو كفيلٌ، أو هو ثمن مبيع محبوس به والآخر خالٍ عن ذلك، (فأدّى ألفًا وقال: «أَدَّيْتُهُ عن ألف الرهن») أو نحوه ممّا ذكر (صدق بيمينه)؛ لأنه أعلم بقصده وكيفيَّة أدائه، سواء اختلفا في نِيَّتِهِ أم لفظه، فالعبرةُ في جهة الأداء بقصد المؤدّي؛ حتى يبرأ بقصده الوفاءَ، ويملكه المديون وإن ظنّ الدائن إيداعه، وكما أن العبرة في ذلك بقصده فكذا الخيرةُ فيه إليه ابتداءً؛ إلَّا فيما إذا كان على المكاتب دين معاملةٍ، فإذا أراد الأداء عن دين الكتابة والسَّيِّدُ الأداء عن دين المعاملة فَيُجاب السيد كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في باب الكتابة، وتُفَارِقُ غيرها مما ذكر: بأن دين الكتابة فيها معرَّضٌ للسقوط بخلاف غيرها، وإنما اعتبر قصد المكاتب عند عدم التعرّض للجهة لتقصير السَّيِّدِ بعدم التعيين ابتداءً.

(وإن لم ينو) حال الدفع (شيئًا جعله عمّا شاء) منهما؛ كما في زكاة المالين الحاضر والغائب. (وقيل: يُقَسَّطُ) عليهما؛ لعدم أولوية أحدهما على الآخر، والتقسيط قيل: على قدر الدينين كما جزم به الإمام، وقيل: بالتسوية كما جزم به صاحب «البيان» وغيره، وهو أوجه كما رجَّحه بعض المتأخرين فيما لو دفع المال عنهما فإنه يقسط عليهما. ولو مات قبل التعيين قام وارثه مقامه كما أفتى به السبكي فيما إذا كان بأحدهما كفيلٌ، قال: «فإن تعذّر ذلك جعله بينهما نصفين». وإذا عيّن فهل ينفكُّ الرهن من وقت اللفظ أو التعيين؟ يشبه أن يكون كما في الطلاق المبهم.

ولو تبايع مشركان درهمًا بدرهمين وسَلَّمَ من التزم الزيادة درهمًا ثم أسلما، فإن قصد بتسليمه الزيادةَ لزمه الأصل، وإن قصد الأصل برىء ولا شيء عليه[1]، وإن قصدهما وُزّع عليهما وسقط باقي الزيادة، ولو لم يقصد[2] شيئًا عيّنه لما شاء منهما.

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «فإن قصد بتسليمه الزيادة برئ ولا شيء عليه».

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «ولو لم يقصد الأصل، وإن قصد الأصل شيئًا عيّنه لما شاء منهما».

٥ـ فصلٌ [في تعلُّق الدَّين بالتَّركة]

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِالْمَرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ: كَتَعَلُّقِ الأَرْشِ بِالْجَانِي، ....

(فصلٌ) في تعلُّق الدَّين بالتَّركة

[صفة تعلُّق الدَّين بالتركة]

(من مات[١] وعليه دين[٢] تعلّق بتركته) المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدِّين كما سيأتي (تعلّقه بالمرهون)؛ لأنه أحوط للميت؛ إذ يمتنع على هذا تصرّف الوارث فيه جزمًا، بخلاف إلحاقه بالجناية فإنه يأتي فيه الخلاف في البيع. واغتفر هنا جهالة المرهون به لكونه من جهة الشرع. (وفي قول: كتعلّق الأرش بالجاني)؛ لأنه ثبت من غير اختيارِ المالك، وقيل: كحجر الفلس، واختاره في «المطلب»، وهو قول الفوراني والإمام؛ للتسوية بينه وبين الموت في قوله ﷺ: «مَنْ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»[٣]. ومحلّ

(١) ولو كان به رهن، ويكون له تعلُّقان؛ تعلُّقٌ خاصٌّ وتعلُّقٌ عامٌّ، وفائدة الثاني: أنَّ الرهن إذا لم يَفِ به يزاحم بما بقي له؛ قاله العراقيُّ في «النكت»؛ «شوبري».

(٢) أي غير لقطة تملَّكها؛ لأنَّ صاحبها قد لا يظهر، فيلزم دوام الحجر لا إلى غاية؛ لأنَّه لا غاية لتعلّقه، وقد صرّح النوويُّ بأنَّه لا مطالبة بها في الآخرة؛ لأنَّ الشارع جعلها من جملة كسبه؛ بخلاف دين من انقطع خبره؛ لانتقاله لبيت المال بعد مضيِّ العمر الغالب بشرطه، فيدفع لإمامٍ عادلٍ فقاضٍ أمينٍ فثقةٍ ولو من الورثة يصرفه كلٌّ منهم في مصارفه. وشمل الدَّين ما به رهن أو كفيل، وشمل دين الله تعالى ومنه الحجُّ، فليس للوارث أن يتصرَّف في شيء منها حتَّى يتمَّ الحجَّ، ولا يكفي الاستئجار ودفع الأجرة؛ كذا قاله السنباطيُّ. ولو كان الدَّين لوارث سقط عنه بقدره؛ «ق ل» على «الجلال».
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطّلاب، كتاب الرهن، فصل في تعلُّق الدين بالتركة، (٢/ ٥٢٤ـ٥٢٥).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده / ٣٥٢٣/. وابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس / ٢٣٦٠/ بلفظ: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحقُّ بمتاعه إذا وجده بعينه».
قلت: هذا لفظ ابن ماجه رحمه الله تعالى، ولفظ أبي داود قريب منه.

فَعَلَى الأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الأَصَحِّ.

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ، فَظَهَرَ دَيْنٌ . . . .

الخلاف إذا لم تكن التركة مرهونةً رهنًا اختياريًا، فإن كان لم تتعلَّق الديون المرسلة في الذِّمَّةِ بالتركة.

تنبيه: قضية كلامه أنَّ الدين لو كان أكثر من قَدْرِ التركة فوفَّى الوارث قَدْرَهَا فقط أنها لا تنفكُّ من الرهنية، ولا سيّما قوله بعد: «يستوي الدين المستغرق وغيره»، وليس مرادًا؛ بل الأصح أنها تنفك.

(فعلى) الأول (الأظهر يستوي الدَّين المستغرق وغيره) في رهن التركة، فلا ينفذ تصرّف الوارث في شيء منها (في الأصح) كالمرهون. والثاني: إن كان الدين أقلَّ تعلَّقَ بقدره من التركة، ولا يتعلق بجميعها؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد.

تنبيه: مقتضى كلامه كالرافعي في كتبه أن هذا الخلافَ لا يتأتَّى على القول بأنه كتعلُّقِ الجناية، لكن حكى في «المطلب» الخلاف عليه، قال الإسنوي: فالصواب أن يقول: «فعلى القولين»، وأجاب الشارح عن ذلك: بأنهم رجّحوا في تعلّق الزكاة على القولِ بأنَّها تتعلَّقُ بالمال تَعَلُّقَ الأرش برقبة العبد الجاني أنَّها تتعلَّقُ بقدرها منه، وقيل: بجميعه، ويأتي ترجيحه هنا؛ فيخالف المرجح على الأرش المرجح[1] على الرهن، فقوله: «فعلى الأظهر. . . إلى آخره» صحيح. انتهى؛ لكن الزكاة تخالف ما هنا؛ لأن مبناها على المساهلة، فما قاله الشارح بحسب ما فهمه، والأَوْلَى أن يُجاب ـ كما قال شيخي ـ: بأن الخلاف على الأول أقوى.

ويستثنَى من إلحاقه بالرهن ما لو أدَّى وارثه قسط ما ورث فإنه ينفكّ نصيبه، بخلاف ما لو رهن ثم مات لا ينفكُّ إلَّا بوفاء جميع الدين، وتقدّم الفرق بينهما.

(ولو تصرّف الوارث ولا دين) لا (ظاهر) ولا خفي (فظهر دين) أي طرأ، ولو عبّر به

= وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣١٤/ بمثل لفظ ابن ماجه رحمه الله تعالى، وقال: هذا حديث عالٍ صحيح الإسناد، ولم يُخرجاه بهذا اللفظ. قال الذهبي في «التلخيص»: صحيح.

(١) في نسختي المقابلة: «للمرجح»، وما أثبتُّه هو الموافق لِمَا ورد في «نهاية المحتاج»، (٤/ ٣٠٥).

بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ؛ لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ الدَّيْنُ فُسِخَ.

وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ.

لكان أَوْلَى؛ لأن ما يجب بالرَّدِّ الآتي في عبارته لم يكن خفيًا ثم ظهر؛ بل لم يكن ثُمَّ كان كما يُفهم مما قدرته في كلامه؛ لكن سببه مُتَقَدِّمٌ. وقوله: (بِرَدٍّ) أَوْلَى منه: كَرَدِّ (مبيع بعيب) أتلف البائع ثمنه؛ ليشمل ما لو حفر بئرًا عدوانًا في حياته ومات ثم تردَّى فيها شخصٌ وليس له عاقلة. وقوله: «ولا دين» احترز به عمّا إذا كان الدَّين مقارنًا وعلم به فالتصرّف باطل، وكذا إن جهله كما في «زيادة الروضة». (فالأصح أنه لا يتبيَّن فساد تصرّفه)؛ لأنه كان سائغًا له في الظاهر. والثاني: يتبيَّن فساده؛ إلحاقًا لما ظهر من الدَّين بالدَّين المقارن لتقدُّم سببه.

تنبيه: محلّ الخلاف إذا كان البائع موسرًا وإلّا لم ينفذ البيع جزمًا.

(لكن) على الأول (إن لم يُقْضَ الدين فسخ) تصرّفه؛ لِيَصِلَ المستحِقُّ إلى حقّه.

تنبيه: قوله: «إن لم يُقْضَ»، قال في «الدقائق»: «بضمِّ الياء؛ ليعمَّ قضاء الوارث والأجنبي». انتهى، وأَوْلَى منه: «إن لم يسقط الدين»؛ لأنه يعمُّ القضاء والإبراء وغيرهما.

تنبيه: قد يقتضي كلامه أن الوارث الموسر لو أعتق عبد التركة ولم يقض الدَّين أنه يفسخ، وليس مرادًا؛ بل نفوذه أَوْلَى من نفوذ عتق الراهن الموسر؛ لأن التعلّق هنا طارىءٌ على التصرّف، فينفذ عتقه واستيلاده، وعليه الأقلّ من الدين وقيمة الرقيق.

(ولا خلاف أن للوارث إمساكَ عين التركة وقضاء الدين من ماله)؛ لأنه خليفة المورِّث، والمُوَرِّثُ كان له ذلك؛ لكن لو أوصى بدفع عينٍ إليه عوضًا عن دينه، أو على أن تباع ويوفَّى دينه من ثمنها عُمِلَ بوصيَّته، وليس للوارث إمساكها والقضاء من غيرها؛ لأن تلك العين قد تكون أطيب كما قالاه في باب الوصية. ولو كان الدين أكثر من التركة فقال الوارث: «آخذها بقيمتها» وأراد الغرماء بيعها لتوقُّع زيادة راغبٍ أجيب الوارث؛ لأن الظاهر أنها لا تزيد على القيمة، وللناس غرضٌ في إخفاء تركات مورّثهم عن شهرتها للبيع، فإن طلبت بزيادةٍ لم يأخذها الوارث بقيمتها كما صرَّح به ابن المقري،

وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الإِرْثَ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَالكَسْبِ وَالنِّتَاجِ[١].

قال الزركشي: ومحلّ كون ذلك للوارث إذا لم يتعلَّق الدين بعين التركة، فإن تعلَّق لم يكن له ذلك، فليس للوارث إمساك كُلِّ مال القراض وإلزام العامل أخذ نصيبه منه من غيره كما نقله في «الكفاية» عن «البحر».

(والصحيح) وحُكي عن النَّصِّ (أن تعلّق الدين بالتركة لا يمنع الإرث)؛ لأن تعلّقه بها لا يزيد على تعلّق حق المرتهن بالمرهون والمجني عليه بالجاني، وذلك لا يمنع الإرث فكذا هذا. والثاني: يمنع؛ لقوله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]؛ أي من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن كان، حيث قُدِّمَ الدين على الميراث. وأجيب: بأن تقديمه عليه لقسمته لا يقتضي أن يكون مانعًا منه. وإذا كان الدين لا يمنع الإرث (فلا يتعلق بزوائد التركة؛ كالكسب والنِّتَاجِ)؛ لأنها حدثت في ملك الوارث، أما على المنع فيتعلق بها تبعًا لأصلها.

خاتمة: قال السبكي رحمه الله تعالىٰ: «قد غلط جماعة من المفتين في زماننا في فرعٍ، وهو إذا كان الدين على الميت للوارث، فظنّوا أنه يسقط منه بقدر إرثه؛ حتى إذا كان حائزًا سقط الجميع، والصواب أنه يسقط منه ما يلزمه أداؤه لو كان لأجنبيّ، وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساويًا للتركة أو أقلّ، وما يلزم الوارث أداؤه إن كان أكثر، ويستقرُّ له نظيره في الميراث، ويُقَدَّرُ أنه أُخذ منه ثم أُعيد إليه عن الدين، وهذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه، ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه على قَدْرِ حصصهم، وقد يفضي الأمر إلى التقاصّ إن كان الدَّيْنُ لوارثين».

* * *

---

(١) في نسخة البابي الحلبي زيادة: «والله أعلم».




كِتَابُ التَّفْلِيسِ







١٢ - كِتَابُ التَّفْلِيسِ

كتاب التفليس

[تعريف التفليس لغةً وشرعًا، ودليل مشروعيّة الحجر به]

هو لغةً: النِّداءُ على المفلس(١) وشَهْرُهُ(٢)(٣). بصفة الإفلاس المأخوذ من «الفُلُوسِ» التي هي أخسّ الأموال(٤). وشرعًا: جعل الحاكم المديون مُفَلّسًا(٥) بمنعه من التصرّف(٦) في ماله.

والأصل فيه ما رواه الدارقطني وصحّح الحاكم إسناده أنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ على مُعَاذٍ(٧) وباع ماله في دينٍ كان عليه، وقَسَمَهُ بين غرمائه، فَأَصَابَهُمْ خمسةُ أسباعِ حُقُوقِهِمْ، فقال لهم النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ(٨)»(٩). والمُفْلِسُ في العُرْفِ: من لا مال له، وفي الشَّرع: من لا يفي ماله بدينه.

---

(١) أي المعسر لا بقيد الشروط الآتية في موجب الحجر؛ «ع ش» على «م ر».

(٢) في نسختي المقابلة: «وشهرته»، وما أثبتُّه لفظ الإمام النوويّ في «روضة الطّالبين»، (٤/ ١٢٧)، والشيخ زكريّا في «أسنى المطالب في شرح روض الطالب» (٢/ ١٨٣).

(٣) أي إشهاره بصفة الإفلاس، وهو من باب عطف التفسير، وفائدته: بيان أنَّ المراد النداء عليه من جهة الإفلاس لا من جهة أخرى.

(٤) أي بالنسبة لغيرها، فإنَّها بالنسبة للذهب والفضّة خسيسة، وباعتبار الرغبة فيها للمعاملة والادخار نفيسة.

(٥) ينبغي ضبطه بفتح الفاء وتشديد اللّام؛ لأنه الموافق لقول «م ر»: «هو ـ أي التفليس ـ مصدر فلَّسه إذا نسبه للإفلاس». انتهى «ع ش»، والمعنى جعله الحاكم مفلسًا؛ أي ممنوعًا من التصرف بمنع الحاكم إيّاه.

(٦) ظاهره أنَّه يكفي في الحجر منعه من التَّصَرُّفِ، وهو الأوجه.

(٧) أي بسؤاله، وقيل: بسؤال غرمائه، والأوّل أصوب، ولا مانع من موافقة سؤاله لسؤالهم، ومن كون الواقعة متعدِّدة؛ أي السؤال، وإلا فيبعد أنَّه حجر عليه مرّتين، فإنَّه لو تكرَّر لَنُقِلَ؛ كما في «شرح م ر» و«ع ش».

(٨) أي الآن، والقرينة قول النبيِّ له في آخر الحديث: «لعلَّ الله يجبرك ويؤدِّي عنك دينك»، ولو كان الباقي سقط عنه لما ترجَّى النَّبيُّ ﷺ وفاء الدين، فإذا قدر بعد الوفاء وجب عليه التوفية.

(٩) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب معرفة الصحابة، ذكر مناقب الفقهاء السِّتَّة من الصحابة، =

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ، ....

[الحجر بالفَلَس]

كما قال ذاكرًا لحكمه: (من عليه[1] ديون) لآدمي لازمة (حالّة زائدة على ماله[2] يحجر عليه) وجوبًا[3] في ماله[4] إن استقلَّ، أو على وليّه في مال مَوْلِيِّهِ إن لم يستقلَّ (بسؤال الغرماء) ولو بنوَّابهم كأوليائهم؛ لأن الحجر لِحَقِّهِمْ، وفي «النهاية»

= معاذ بن جبل رضي الله عنه / ٥١٩٥/ بلفظ: «خلُّوا عليه فليس لكم عليه سبيل».
ولم يذكره الذهبيُّ في «التلخيص».
وأخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت / ٤٥٠٥/ عن كعب بن مالك عن أبيه: «أنَّ رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه».
وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب معرفة الصحابة، ذكر مناقب أحد الفقهاء السِّتَّة من الصحابة، معاذ بن جبل رضي الله عنه / ٥١٩٢/ عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن أبيه قال: «كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شابًا حليمًا سمحًا من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئًا، فلم يزل يدان حتَّى أغرق ماله كلَّه في الدَّين فأتى النَّبيَّ ﷺ غرماؤه، فلو تركوا أحدًا من أجل أحدٍ لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتَّى قام معاذ بغير شيء».
قال الحاكم رحمه الله تعالى: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. قال الذهبيُّ في «التلخيص»: على شرط البخاريِّ ومسلم.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب التفليس / ١٢٣٣/ وقال: قال عبد الحق المرسل أصح من المتصل.
وقال ابن طلاع في «الأحكام»: هو حديث ثابت، وكان ذلك في سنة تسع، وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم، فقالوا: يا رسول الله، بِعْهُ لنا. قال: ليس لكم إليه سبيل.

(١) ولو رقيقًا مأذونًا له، فالحجر عليه بالفلس للقاضي لا لسيِّده. والمراد بالدَّين ما يشمل المنفعة؛ كأن يلتزم حمل جماعة إلى مكَّة مثلًا؛ «ع ش».

(٢) أي ولو بأقلِّ مُتَمَوَّلٍ، ويعتبر أن يكون ماله الذي ينسب إليه الدين زائدًا على ما يبقى له من نحو دست ثوب؛ «شوبري».

(٣) أخذًا بالقاعدة: أنَّ ما جاز بعد الامتناع وجب؛ «ح ل»، وإن قال بعضهم بالجواز.

(٤) فإن لم يكن له مال بالكلِّيَّة بحث الرافعيُّ جواز الحجر عليه منعًا له من التصرُّف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه، وردَّه ابن الرفعة بأنَّه إنَّما يحجر على ذلك تبعًا للموجود وما جاز تبعًا لا يجوز قصدًا؛ قال الأذرعيُّ: «وهو الحقُّ». والحاجر هو الحاكم؛ لاحتياجه إلى الحجر للنظر والاجتهاد أو المحكَّم؛ كما في «شرح العباب». ويكفي فيه منع التصرُّف، ولا يجب أن يقول: «حجرت بالفلس»؛ «ح ل».

وَلَا حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ، . . . .

أن الحجر كان على معاذٍ بسؤال الغرماء. فلا حجر بدين الله تعالىٰ وإن كان فوريًّا كما قاله الإسنوي خلافًا لما بحثه بعض المتأخرين، ولا بدينٍ غير لازم ـ كنجوم كتابة[١] ـ لتمكُّن المدين[٢] من إسقاطه، (ولا حجر بالمؤجّل)؛ لأنه لا يطالب به في الحال.

تنبيه: لا يخفى أن لفظ «الديون» لا مفهوم له، فإن الدَّيْنَ الواحد إذا زاد على المال كان كذلك، وكذا قوله: «الغرماء». ولا بدّ من تقييد الدين بـ«اللازم» كما قدرته في كلامه؛ ليخرج دين الكتابة كما مرَّ، وما ألحق به من ديون المعاملة التي على المكاتب لسيّده.

وقضية كلامه أنه لا حجر عليه إذا لم يكن له مال، وتوقَّف فيه الرافعي فقال: «يجوز منعًا له من التصرّف فيما عسى أن يحدث باصطياد ونحوه»، وهو كما قاله ابن الرفعة مخالف للنَّصِّ والقياس؛ إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه فيه تبعًا للموجود، وما جاز تبعًا لا يجوز قصدًا.

ولا يحجر على المفلس إلَّا الحاكم؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد. وأما أصل الحجر فلأن فيه مصلحة للغرماء، فقد يختصّ بعضهم بالوفاء فيضرّ الباقين، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع. قال ابن الرفعة: وهل يكفي في لفظ الحجر منع التصرف، أو يعتبر أن يقول: «حجرتُ بالفلس»؛ إذ منع التصرّف من أحكام الحجر فلا يقع به الحجر؟ وجهان: أوجههما ـ كما قال شيخي ـ الأول. قال في «الروضة»: «ويجب على الحاكم الحجر إذا وُجِدَتْ شروطه»؛ أي سواء أكان بسؤال الغرماء أو المفلس. قال: وقول كثير من أصحابنا: «فللقاضي الحجر، ليس مرادهم أنه مخيّر

---

(١) وكالثَّمن في مدَّة خيار المشتري، فلا حجر به؛ لانتفاء اللزوم كما صرَّح به «م ر»، وكشرطه للمشتري شرطه للبائع أو لهما، فلا حجر به لانتفاء الدَّين؛ لكن رأيت ببعض الهوامش أنَّه يحجر بالثمن في زمن خيار المشتري؛ لأنَّه آيل إلى اللزوم، وفيه وقفة؛ «ع ش».

(٢) وهو المكاتب.

وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الأَظْهَرِ.

فيه»، أي بل إنه جائز[١] بعد امتناعه قبل الإفلاس، وهو صادق بالواجب. وقول السبكي: «هذا ظاهر إذا تعذّر البيع حالاً، وإلّا فينبغي عدم وجوبه لأنه ضرر بلا فائدة» ممنوعٌ كما قاله شيخنا؛ بل له فوائد منها المنع من التصرّف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه.

والمراد بـ«ماله» ماله العينيُّ المتمكن من الأداء منه، أما ما لا يتمكن من الأداء منه ـ كمغصوب وغائب ـ فغير مُعتبر، وأما المنافع فإن كان متمكنًا من تحصيل أجرتها اعتُبرت كما قاله بعض المتأخرين وإلّا فلا، وأما الدين فإن كان حالًّا على مَلِيءٍ مُقِرٍّ ـ أي أو عليه بينة ـ اعتبر كما قاله الإسنوي وإلّا فلا، قال ابن الرفعة: «ولو كان المال مرهونًا لم أَرَ فيه نقلًا، والفقه منع الحجر إذ لا فائدة فيه»، ورُدَّ: بأن له فوائد منها المنع من صحة التصرّف بإذن المرتهن.

[حكم حلول الدَّين المؤجَّل إذا حجر عليه بالحالِّ]

(وإذا حجر بحالٍّ[٢] لم يَحِلَّ المؤجّل في الأظهر) ـ وفي «الروضة»: «المشهور» ـ لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه. والثاني: يحلّ؛ لأن الحجر يوجب تعلّق الدين بالمال فسقط الأجل كالموت[٣]. وفرّق الأوّل: بخراب الذمة[٤] بالموت. ولو جُنَّ

(١) في نسختي المقابلة: «جاز».

(٢) وهو بتشديد اللّام لا تخفيفها صلةٌ لـ«حجر»؛ يعني أنّه إذا حجر بسبب الدَّين الحالِّ لا يحلُّ المؤجَّل؛ «ع ش». وقال «ح ل» يجوز أن يقرأ بالتخفيف، أي بحالٍ من الأحوال، ويجوز أن يقرأ بالتشديد، وهو إن كان غير محتاج إليه نبَّه عليه؛ لئلّا يغفل عنه. انتهى، فالباء على الأوّل بمعنى «في»، وعلى الثاني سببيّة، وهي على الأوّل متعلّقة بـ«يحل» وعلى الثاني بـ«حجر».

(٣) والرِّدَّة المتصلة بالموت والاسترقاق، فإنه يحلُّ فيها الدَّين المؤجَّل، وتظهر فائدة ذلك فيما إذا ارتد المحجور عليه الذي عليه دين مؤجَّل وقسم ماله على ديونه الحالَّة دون المؤجَّلة، ثم مات فإنَّ ربَّ الدين المؤجَّل يشاركهم، ويتبيَّن فساد القسمة في حين الرِّدَّة؛ «برماوي»، وفائدة حلوله بالرقِّ مع أن الرقيق لا مال له: أن يُقضى من ماله الذي غنم بعد الرقِّ كما ذكره في الجهاد.
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب التفليس، (٢/ ٥٣٢).

(٤) هي وصف قائم بالإنسان صالح للإلزام وللالتزام، وهو يزول بالموت، فلا يمكنه التملُّك بعده. =

وَلَوْ كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجْرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ.

المديون لم يحلّ دينه كما صحّحه المصنف في «تنقيحه»، وما وقع في أصل «الروضة» من تصحيح الحُلول به نُسب فيه إلى السهو، ولا يحلُّ إلّا بالموت أو الرِّدّة المتصلة به أو استرقاق الحربي كما جزم به الرافعي في كتاب الكتابة في الحكم الثاني منها، ونقله عن النَّصِّ.

[حكم الحجر على المدين إن كانت الديون بقدر المال]

(ولو كانت الديون بقدر المال: فإن كان كسوبًا ينفق من كسبه فلا حجر)؛ لعدم الحاجة إليه؛ بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون، فإن امتنع باع عليه أو أكرهه عليه. قال الإسنوي: «فإن التمس الغرماء الحجر عليه ـ أي عند الامتناع ـ حُجر في أظهر الوجهين وإن زاد ماله على دينه». انتهى، وهذا يسمَّى «الحجر الغريب» فليس مما نحن فيه.

(وإن لم يكن كسوبًا وكانت نفقته من ماله فكذا) لا حجر عليه (في الأصح)؛ لتمكُّنهم من المطالبة في الحال. والثاني: يحجر عليه كيلا يضيع ماله في النفقة، ودُفع بما ذكر، وهذا محترزُ قوله: «زائدة على ماله».

= وقال بعضهم: المراد بالذمَّة محلُّها، وهو الذَّات. والمراد خربت بالنسبة للمستقبلات التي لم يتقدَّم لها سبب، أمَّا بالنسبة لما مضى ولما تقدَّم سببه فلا؛ كما إذا حفر بئرًا عدوانًا فإنَّه يضمن ما وقع فيه، فلو وقع فيه آدميّ أخذت ديته من تركته عند عدم العاقلة، فإن لم تَفِ التركة بالدِّية أخذت من بيت المال، ويُجعل لتقدُّم سببه كالمتقدِّم. ومثل الموت الردَّة المتصلة بالموت؛ أي يتبين بالموت أنه حَلَّ من حين الردة، وتظهر فائدته فيما لو قسم ماله بين ردَّته وموته ثم مات فيتبيَّنُ فساد القسمة من حين الرِّدَّة. انتهى «برماوي»؛ أي إذا ترك المؤجَّل. قال الرافعيُّ: «وكذا استرقاق الحربيِّ»، ونقله عن النَّصِّ. ويؤخذ من الحلول بالموت أنَّ من استأجر مَحَلًّا بأجرة مؤجَّلة ومات قبل حلولها وقبل استيفاء المنفعة حلَّت بموته؛ كما أفتى به الشرف المناويُّ، وأمَّا إفتاء الجلال المحلِّيِّ بعدم حلولها نظرًا إلى أنَّه هنا لم يستوف المقابل؛ بخلاف بقيَّة صور الحلول بالموت فمردودٌ بأنَّ سبب الحلول بالموت خراب الذمَّة، وهو موجود هنا. انتهى «س ل».
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب التفليس، (٢/ ٥٣٢).

وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ، فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حُجِرَ، وَإِلَّا فَلَا، وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الأَصَحِّ، . . . .

[حكم الحجر على السفيه بغير طلب الغرماء]

(ولا يحجر بغير طلب) من الغرماء ولو بنوّابهم لأنه لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم، فإن كان الدَّين لمحجور عليه ولم يسأل وليّه فللحاكم الحجر من غير سؤال؛ لأنه ناظر في مصلحته، وهذا محترز قوله: «بسؤال الغرماء».

تنبيه: اقتضى كلامه أنه لا يحجر لدين الغائب، وهو كذلك؛ إذ ليس للحاكم استيفاء مال الغائب من الذِّمَمِ، وإنما له حفظ أعيان أموالهم. ومحلّه ـ كما قال الفارقي ـ إذا كان المديون ثقة مليئًا وإلَّا لزم الحاكم قبضه قطعًا، قال الإسنوي: وكلام الشافعي في «الأُمّ» يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم.

(فلو طلب بعضهم) الحجر (ودينه قَدْرٌ يحجر به)؛ بأن زاد على ماله (حجر) لوجود شرط الحجر، ثم لا يختص أثر الحجر بالمُلْتَمِسِ بل يعمُّهم، (وإلَّا) بأن لم يزد الدين على ماله (فلا) حجر؛ لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله، فلا ضرورة إلى طلب الحجر، وقيل: المعتبر أن يزيد دين الجميع على ماله لا المُلْتَمِسِ فقط، وجرى عليه ابن المقري لقول المصنف في زيادة الروضة: «وهو قويٌّ».

[حكم الحجر على المفلس بطلبه]

(ويحجر بطلب المفلس[(١)]) ولو بوكيله[(٢)] (في الأصح)؛ لأن له فيه غرضًا ظاهرًا وهو صرف ماله إلى ديونه، ورُوِي أن الحجر على معاذٍ كان بالتماس منه؛ قاله الرافعي.

---

(١) أي طلب من عليه دين بعد الثبوت عليه بإقرار أو حكم القاضي أو إقامة الغرماء البيّنة بعد تقدُّم دعواهم، فلا يكفي إقراره من غير تقدّم دعوى؛ «شوبري». فلا يحجر بدين غائبٍ رشيدٍ بلا طلب كما لا يستوفي دينه، نعم إن كان من عليه الدَّين غير ثقة، وعرض الدَّين على الحاكم لزمه قبضه إن كان أمينًا، وإلَّا حرم كما هو ظاهر، ويؤخذ من لزوم قبضه له أن يحجر عليه حتَّى يقبضه منه لئلَّا يُضيعه قبل تيسُّر القبض منه، ويحتمل خلافه؛ «حج» «س ل».

(٢) لم يقل: «ولو بنائبه» كالذي بعده؛ لأنَّ النائب يشمل الوليَّ، فيقتضي أن الحجر على المَوْلِيّ بطلب وليّه؛ مع أنَّ الحجر إنَّما هو على الوليّ في مال مَوْلِيِّهِ.

فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ، ....

قال السبكي: «وصورته: أنه يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضي، وطلب المديون الحجر دون الغرماء، وإلَّا لم يكن له طلبه». والثاني: لا يحجر؛ لأن الحق لهم في ذلك، والحجر ينافي الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة، فإنهم لا يتمكَّنون من تحصيل مقصودهم إلَّا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكِّنٌ منه ببيع أمواله وقسمها على غرمائه. وتقدّم أن الحجر واجب بسؤاله كسؤال الغرماء، فالخلاف في الوجوب لا في الجواز خلافًا لبعض المتأخرين.

(فإذا حجر) عليه بطلب أو بدونه (تعلّق حق الغرماء بماله[١]) كالرهن، عينًا كان أو دينًا أو منفعة؛ حتى لا ينفذ تصرّفه فيه بما يضرُّهم، ولا تزاحمهم فيه الديون الحادثة[٢]. وشمل كلامهم الدين المؤجَّل؛ حتى لا يصح الإبراء منه وإن قال الإسنوي الظاهر خلافه. قال البلقيني: «وتصح إجازته لما فعل مورثه مما يحتاج إليها؛ لأنها تنفيذ على الأصح». وخرج بحق الغرماء حق الله تعالىٰ ـ كزكاة ونذر وكفارة[٣] ـ فلا تتعلق بمال المفلس كما جزم به في «الروضة» وأصلها في الأيمان، ولم يقيده بفوريٍّ ولا بغيره، وهو يقوّي ما مرَّ، فيقدم حق الآدمي، وقد مرَّت الإشارة إلى هذه المسألة في باب من تلزمه الزكاة.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو حجر عليه في زمن خيار البيع، فإنه لا يتعلَّق حق الغرماء بالمعقود عليه، فيجوز له الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة في الأصح.

---

(١) أي ما لم يكن مبيعًا في زمن خيار؛ أي له أو لهما فإنَّ حقَّ الغرماء لا يتعلَّق به، فله الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة، وما لم يكن يترك له من ثياب بدنه فله التصرُّف في ذلك كيف شاء؛ «ح ل»، وكذا النفقة التي يعطيها الحاكم له أو لمموِّنه. انتهى شيخنا «ح ف».

(٢) أي عند العلم بالحجر على طريقته الآتية، أمَّا عند الجهل به فيزاحمون على ما يأتي به، فلا منافاة بين هذا وبين ما يأتي آخر الفصل «س ل»، ومع ذلك فالمعتمد ما أطلقه هنا من عدم المزاحمة مطلقًا.

(٣) ككفَّارة القتل الخطأ.

وَأُشْهِدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ.

وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلَّا لَغَا، وَالأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ، فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الأَصَحِّ، . . . . . .

[يندب للحاكم أن يشهد على حجر المفلس]

(وأشهد) الحاكم ندبًا ـ وقيل: وجوبًا ـ (على حجره) أي المفلس، وأشهره بالنداء عليه[١] (ليحذر) من معاملته، قال العمراني: «فيأمر مناديًا ينادي في البلد: أنَّ الحاكمَ حجرَ على فلان بن فلان».

[حكم تصرُّفات المفلس الماليَّة]

(ولو) تصرّف تصرّفًا ماليًا مُفَوِّتًا في الحياة بالإنشاء مبتدأً؛ كأن (باع) أو اشترى بالعين (أو وهب أو أعتق) أو أجّر أو وقف أو كاتب (ففي قولٍ يوقف تصرّفه) المذكور، (فإن فضل ذلك عن الدين) لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم (نفذ) أي بان أنه كان نافذًا (وإلّا) أي وإن لم يفضل (لغا) أي بان أنه كان لاغيًا، (والأظهر بُطلانه) في الحال؛ لتعلّق حقّهم به كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم، فلا يصحّ تصرّفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه. قال الأذرعي: «ويجب أن يستثنى من منع الشراء بالعين ما لو دفع له الحاكم كُلَّ يوم نفقة له ولعياله فاشترى بها، فإنه يصح جزمًا فيما يظهر»، وأشار إليه بعضهم، وهو ظاهر. وسيأتي ما يخرج بهذه القيود.

(فلو باع ماله) كُلَّهُ أو بعضَه لغريمه بدينه كما صرَّح به في «المحرّر»، أو (لغرمائه بدينهم) من غير إذن القاضي (بطل) البيع (في الأصح)؛ لأن الحجر يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر. والثاني: يصح؛ لأن الأصل عدم غيرهم، وبالقياس على بيع المرهون من المرتهن. والقولان مُفَرَّعَانِ على بطلان البيع لأجنبي السَّابقِ كما

---

(١) وأجرة المنادي في ماله يقدَّم بها على جميع الغرماء كما في «ق ل» على «الجلال»، وكان القياس أنّه لا تجب أجرة المنادي على المفلس؛ لأنه لِحَقِّ الغرماء؛ بل في مال المصالح أو نحوها، والوجه خلافه كما علمت؛ «ق ل». والنداء سنَّة أيضًا، وعبارة «حج»: وأشهد الحاكم ندبًا على حجره، ويسنُّ أن يأمر بالنداء عليه: أنَّ الحاكم حجر عليه. انتهى.

وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ فَالأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ، .....

أفادته الفاء. أما بإذن القاضي فيصح. واحترز بقوله: «بدينهم» عمّا إذا باعه ببعض دينهم أو بعين فإنه كالبيع من أجنبي؛ لأنه لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه، بخلاف ما إذا باع بِكُلِّ الدين فإنه يسقط. ولو باعه لأجنبي بإذن الغرماء لم يَصِحَّ في الأصح.

وخرج بـ«التصرُّف المالي» التصرّف في الذمة كما قال: (ولو) تصرّف في ذمته؛ كأن (باع سَلَمًا) طعامًا أو غيره، (أو اشترى) شيئًا بثمن (في الذمة)، أو باع فيها لا بلفظ السَّلَمِ، أو اقترض أو استأجر (فالصحيح صحته ويثبت) المبيع والثمن ونحوهما (في ذِمَّتِهِ)؛ إذ لا ضرر على الغرماء فيه. والثاني: لا يصح كالسفيه.

تنبيه: لو قال: «فلو تصرّف في ذمته» كما قدرته في كلامه تبعًا للرافعي لكان أَوْلى.

[حكم تصرُّفات المفلس غير الماليّة]

(ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه) ورجعته (واقتصاصه) أي استيفاؤه القصاص، وإذا طلبه أُجيب كما صرَّح به في «المحرّر»، (وإسقاطه) أي القصاص ولو مجانًا، وهذا من إضافة المصدر إلى مفعوله؛ إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال، ويصح استلحاقه النسب ونفيه باللِّعان. أما خلع الزوجة والأجنبي المفلسين فلا ينفذ منهما في العين، وفي الذِّمَّةِ الخلاف في السَّلَمِ، وفي نفوذ استيلاده خلاف؛ قيل: يصح كالمريض، والراجح عدم النفوذ، قال شيخي: «لأن حجر الفلس أقوى من حجر المرض؛ بدليل أنه يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله».

وخرج بقيد «الحياة» ما يتعلق بما بعد الموت ـ وهو التدبير والوصية ـ فيصح.

[حكم إقرار المفلس بعين أو دين]

وخرج بقيد «الإنشاء» الإقرار كما قال: (ولو أقرّ بعين أو دين وجب قبل الحجر) بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك (فالأظهر قبوله في حق الغرماء) كما لو ثبت بالبيِّنة،

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ، . . . . . .

وكإقرار المريض بدين يزاحم غرماء الصحة، ولعدم التهمة الظاهرة، وعلى هذا لو طلب الغرماء تحليفه على ذلك لم يحلف على الأصح؛ لأنه لو امتنع لم يُفِدِ امتناعه شيئًا؛ إذْ لا يقبل رجوعه على الصحيح. والفرق بين الإنشاء والإقرار: أن مقصود الحجر منع التصرّف فأُلغي إنشاؤه، والإقرار إخبار، والحجر لا يسلب العبارة عنه. ويثبت عليه الدين بنكوله عن الحلف مع حلف المدعي كإقراره. والثاني: لا يقبل إقراره في حقّهم لئلا تضرّهم المزاحمة، ولأنه ربما واطأ المُقَرَّ له، قال الروياني في «الحلية»: «والاختيار في زماننا الفتوى به؛ لأنَّا نرى مفلسين يقرّون للظلمة حتى يمنعوا أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحبسهم»، وهذا في زمانه، فما بالك بزماننا؟

تنبيه: إنما عبّر بقوله: «وجب» ولم يقل «لزم» كما في «المحرّر» و«الشرح» و«الروضة» ليدخل ما وجب ولكنه تأخّر لزومه إلى ما بعد الحجر؛ كالثمن في البيع المشروط فيه الخيار. وقوله: «وجب قبل الحجر» صفةٌ للدَّين فقط. **(وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر)** إسنادًا مُعَلَّلًا[1] **(بمعاملة، أو)** إسنادًا **(مطلقًا)**؛ بأن لم يقيده بمعاملة ولا غيرها، **(لم يقبل في حقّهم)**، فلا يزاحمهم؛ بل يطالب به بعد فَكِّ الحجر، أما في الأولى فلتقصير من عامله، وأما في الثانية فلتنزيل الإقرار على أقلّ المراتب وهو دين المعاملة. فلو لم يسند وجوبه إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده قال الرافعي: «فقياس المذهب تنزيله على الأقلّ، وهو جعله كإسناده إلى ما بعد الحجر»، فإن كان ما أطلقه دين معاملة لم يُقبل لاحتمال تأخّر لزومه، أو دين جناية قُبل لأن أقلَّ مراتبه أن يكون كما لو صرَّح به بعد الحجر، فإن لم يعلم أهو دين معاملة أو جناية لم يقبل؛ لاحتمال تأخّره وكونه دين معاملة. قال في «الروضة»: «وهذا التنزيل ظاهر إن تعذّرت مراجعة المُقِرِّ، وإلَّا فينبغي أن يراجع فإنه يقبل إقراره»، قال السبكي: «وهذا صحيح لا شَكَّ فيه، ويحمل كلام الرافعي على ما إذا لم تتفق المراجعة». انتهى، وينبغي أن يأتي مثل ذلك في الصورة الثانية في المتن. وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أقرّ بدين وجب بعد الحجر

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «مقيّدًا».

وَإِنْ قَالَ: «عَنْ جِنَايَةٍ» قُبِلَ فِي الأَصَحِّ. وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ.

واعترف بقدرته على وفائه قُبِلَ وبطل ثبوت إعساره؛ أي لأن قدرته على وفائه شرعًا يستلزم قدرته على وفاء بقية الديون.

(وإن قال: عن جناية) بعد الحجر (قُبِلَ في الأصح)، فيزاحمهم المجني عليه لعدم تقصيره. والثاني: أنه كما لو قال: «عن معاملة». والحاصل أن ما لزمه بعد الحجر إن كان برضا مُسْتَحِقِّهِ لم يقبل في حقّهم، أو لا برضاه قُبِلَ.

تنبيه: لو عبّر بـ«المذهب» كما في «الروضة» لكان أَوْلى، فإن أصح الطريقين أنه كما لو أسند لزومه إلى ما قبل الحجر؛ حتى يقبل في الأظهر.

[حكم رَدِّ المفلس بالعيب ما كان اشتراه قبل الحجر]

(وله أن يَرُدَّ بالعيب[1]) أو الإقالة (ما كان اشتراه) قبل الحجر (إن كانت الغبطة في الرَّدِّ)، وليس كما لو باع بها؛ لأن الفسخ ليس تصرّفًا مبتدأً فيمتنع منه، وإنما هو من أحكام البيع الذي لم يشمله الحجر، وقضية كلامهم جواز ردّه حينئذٍ دون لزومه، وبه صرَّح القاضي؛ إذ ليس فيه تفويت لحاصلٍ، وإنما هو امتناع من الاكتساب. فإن قيل: نُقل عن النَّصِّ أن من اشترى في صحته شيئًا ثم مرض واطّلع فيه على عيب والغبطة في ردّه ولم يَرُدَّ حسب ما نقصه العيب من الثُّلث، فدلّ على أنه تفويت، وقضيَّته لزوم الرَّدِّ، أجيب: بأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرَّدِّ قد يجبر بالكسب بعدُ، بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك.

تنبيه: كلام المصنِّف شامل لردِّ ما اشتراه قبل الحجر وما اشتراه في الذمَّة بعد.

وصورة الغبطة فيه: أن يبيعه المالك من المفلس وهو جاهل بفلسه، والقدر الذي يأخذه بالمضاربة أكثر من قيمته، أما العالم فلا يتصور فيه الغبطة؛ لعدم ضرر الغرماء بمزاحمته.

---

(١) أي يجوز له ذلك ولا يجب على المعتمد؛ لأنَّه لا يلزمه الاكتساب كما يأتي تقييده، وهو شامل لِرَدِّ ما اشتراه في حال الحجر وهو الوجه، وإنَّما لزم الوليَّ الرَّدُّ؛ لأنَّه يلزمه رعاية الأحظّ لِمَوْلِيِّهِ؛ «شوبري» و«س ل».

وَالأَصَحُّ تَعَدِّي الْحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ، . . . .

أما إذا كانت الغبطة في الإبقاء فلا رَدَّ له؛ لما فيه من تفويت المال بلا غرضٍ. وقضية كلامه أنه لا يردُّ أيضًا إذا لم تكن غبطة أصلًا لا في الرَّدِّ ولا في الإبقاء، وهو كذلك؛ لتعلّق حقّهم به فلا يفوت عليهم بغير غبطة. ولو منع من الرَّدِّ عيبٌ حادثٌ لزم الأرش، ولا يملك المفلس إسقاطه.

[حكم تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والهبة والوصية والشراء في الذِّمَّة]

(والأصح تعدّي الحجر إلى ما حدث[1] بعده بالاصطياد) والهبة (والوصية والشراء) في الذمة (إن صححناه) أي الشراء، وهو الراجح؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود. والثاني: لا يتعدَّى إلى ما ذكر؛ كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها. فإن قيل: يستثنى على الأول من إطلاق المصنف ما لو اتّهب أباه أو أُوصي له به فإنه لا يتعدّى إليه بل يعتق، وليس للغرماء تعلّقٌ به، أجيب: بأنه لا حاجة لاستثنائه؛ لأن ملكه لم يستقرَّ عليه حتى يقال: «لم يحجر عليه فيه»، وإنما الشرع قضى بحصول العتق.

تنبيه: قضية إطلاقه تبعًا لغيره أنه لا فَرْقَ على الأول بين أن يزيد ماله مع الحادث على الديون أم لا، وهو كذلك؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء وإن قال الإسنوي: «فيه نظرٌ».

(و) الأصح (أنه ليس لبائعه) أي المفلسِ في الذمة (أن يفسخ ويتعلّق بعين متاعه إن علم الحال)؛ لتقصيره، (وإن جهل فله ذلك)؛ لعدم تقصيره؛ لأن الإفلاس كالعيب فَيُفَرَّقُ فيه بين العلم والجهل. والثاني: له ذلك؛ لتعذّر الوصول إلى عين الثمن، والثالث: ليس له ذلك مطلقًا، وهو مقصّر في الجهل بترك البحث. وعلى التعلّق له أن

---

(١) أي وإن زاد ماله على الديون؛ لأنه دوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء؛ «س ل».

وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ.

يزاحم الغرماء بثمنه. (و) الأصح (أنه إذا لم يمكن التعلّق بها) أي بعين متاعه (لا يزاحم الغرماء بالثمن)؛ لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مُسْتَحِقِّهِ فلا يزاحم الغرماء الأولين؛ بل إن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلَّا انتظر اليسار. والثاني: يزاحم به؛ لأنه في مقابلة ملك جديد زاد[1] به المال.

تنبيه: يجري الخلاف في كُلِّ دين يحدث بعد الحجر برضا مُسْتَحِقِّهِ بمعاوضة، أما الإتلاف وأرش الجناية فيزاحم في الأصل؛ لأنه لم يقصِّر فلا يكلف الانتظار.

ولو حدث دين تقدَّم سببه على الحجر ـ كانهدام ما أجَّره المفلس وقبض أجرته وأتلفها ـ ضارب به مستحقه سواء أحدث قبل القسمة أم لا.

تنبيه: قوله: «إذا لم يمكن» بميمٍ بعد الياء في أكثر النسخ، ونسب لنسخة المصنف، ويقع في بعضها: «يكن»، قال الوليُّ العراقي: «وفي كُلٍّ منهما نقص»؛ يعني أن وجه النقص في «يكن» لفظة «له» وفي «يمكن» لفظة «الهاء»؛ أي «يمكنه»، وعبارة «المحرّر»: «إذا لم يكن له»، قال السبكي: فحذف المصنف لفظة «له» اختصارًا، أو التبس على بعض النساخ فكتب «إذا لم يكن». انتهى، وقال الأذرعي: معنى «يمكن» صحيح هنا، ولعل نسخة المصنف بخطّه «يكن»، فغيرها ابن جعوان أو غيره بـ «يمكن» لأنها أجود من «يكن» بمفردها.

* * *

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «زاده».

١ـ فصلٌ [فيما يُفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيعٍ وقسمةٍ وغيرهما]

يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، . . . .

(فصلٌ) فيما يُفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيعٍ وقسمةٍ وغيرهما[(١)]

(يبادر القاضي[(٢)]) ندبًا كما قالاه تبعًا للبسيط وإن أوهمت عبارة «الوسيط» و«الوجيز» الوجوب (بعد الحجر) على المفلس (ببيع ماله[(٣)] وقسمه) أي قسم ثمنه (بين الغرماء) على نسبة ديونهم؛ لئلّا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذِمَّتِهِ وإيصال الحق لذويه، ولا يفرط في الاستعجال لئلّا يطمع فيه بثمن بخس.

---

(١) كترك ما يليق به من الثياب والنفقة عليه وإجارة أمِّ ولده؛ أي وما يتبع ذلك كثبوت إعساره. . . إلى آخره.

(٢) المراد بالقاضي قاضي بلد المفلس. إذ الولاية على ماله ولو بغير بلده له تبعًا للمفلس. وما ثبت للمفلس من بيع ماله ـ كما ذكر رعاية لحق الغرماء ـ يأتي نظيره في ممتنع من أداء حَقٍّ وجب عليه؛ بأن أيسر وطالبه به صاحبه وامتنع من أدائه فيأمره الحاكم به، فإن امتنع وله مالٌ ظاهرٌ من جنس الدين وفّى منه، أو من غيره باع عليه ماله إن كان بمحلِّ ولايته، ولكن يفارق الممتنع المفلس في أنه لا يتعين على القاضي بيع ماله كالمفلس؛ بل له بيعه كما تقرَّر، وإكراه الممتنع مع تعزيره بحبس أو غيره على بيع ما يفي بالدين من ماله لا على بيع جميعه مطلقًا، وبيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم أَوْلَى هنا؛ ليقع الإشهاد عليه، ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه؛ بخلاف ما لو باع الحاكم أو نائبه لا بدَّ أن يثبت أنه ملكه على ما قيل؛ «ع ش» على «م ر». وخرج المحكَّمُ فليس له البيع وإن قلنا له الحجر على ما قاله «حج» في «شرح العباب»، وإن كان عموم قول على «م ر» وخرج المحكم فليس له البيع وإن قلنا له الحجر على ما قاله «حج» في شرح العباب، وإن كان عموم قول «م ر» فيما سبق حجر القاضي دون غيره خلافه؛ لأن الحجر يستدعي قسمة المال على جميع الغرماء. فمن الجائز أن ثَمَّ غير غرمائه الموجودين ونظر المُحَكَّمِ قاصر عن معرفتهم؛ «ع ش».
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب التفليس، فصل فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس، (٢/ ٥٣٦).

(٣) ومثله النزول عن الوظائف بدراهم، وبيع الحاكم ليس حكمًا على المعتمد.

وَيُقَدَّمُ مَا يُخَافُ فَسَادُهُ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ، ثُمَّ الْمَنْقُولَ، ثُمَّ الْعَقَارَ.

(ويقدم) في البيع (ما يخاف فساده[١])؛ كالفواكه والبقول؛ لئلا يضيع[٢]، ثم ما يتعلّق به حَقٌّ؛ كالمرهون، (ثم الحيوان[٣])؛ لحاجته إلى النفقة ولأنه معرّض للتلف. ويستثنى منه المدبر، فقد نصَّ في «الأُمِّ» على أنه لا يباع حتى يتعذر الأداء من غيره، قال الزركشي: «وهو صريح في أنه يؤخّر عن الكُلِّ صيانةً للتدبير عن الإبطال».

(ثم المنقول[٤]) لأنه يُخْشَى ضياعه بسرقة ونحوها، ويُقَدَّمُ الملبوس على النُّحاس ونحوه؛ قاله الماوردي. (ثم العَقَارَ[٥]) ـ بفتح العين أفصح من ضمّها ـ ويقدم البناء على الأرض؛ قاله الماوردي. وإنما أخّر العقار لأنه يؤمن عليه من الهلاك والسرقة.

وظاهر كلام الشيخين أن هذا الترتيب واجبٌ، وقال في «الأنوار»: «إنه مستحبٌّ»، والظاهر ـ كما قال الأذرعي ـ أن الترتيب في غير ما يسرع فساده[٦] وغير الحيوان مستحبٌّ لا واجب، وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم أو نحوه، فالأحسن تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم، ويُحمل كلامهم على الغالب، وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح.

تنبيه: مَحَلُّ ما ذكر من الترتيب إذا لم يكن في ماله ما تعلّق به حَقٌّ؛ كالجاني والمرهون، فإن كان قُدِّمَ بيعه بعد ما يُخشى فساده كما قدرته في كلامه، فإن فضل شيء

---

(١) أي أو نهبه أو استيلاء ظالم عليه؛ «شرح م ر».

(٢) فإن قدَّم غيره لمصلحة فتلف هو لا ضمان وإلا ضمن. انتهى «أ ط ف» باختصار.

(٣) أي وجوبًا ما لم يكن مدبَّرًا، ففي «الأُمِّ» أنه لا يباع إلا إن تعذر الأداء من غيره فيؤخّر عن الكلِّ وجوبًا، وقيل: ندبًا؛ صيانةً للتدبير عن الإبطال؛ «ح ل»، وألحق بعضهم به المعلَّق عتقه بصفة؛ لاحتمال موت السَّيِّد ووجود الصفة، فراجعه. ويُقدَّم جانٍ على مرهونٍ، وهو على غيره؛ «ق ل».

(٤) أي ندبًا، ويقدَّم منه الملبوس على نحو النحاس، ويقدم منه المرهون ومال القراض على غيره؛ بل حتى على الحيوان.

(٥) ويقدَّم البناء على الأرض؛ «ح ل» و«س ل» و«ق ل».

(٦) وحينئذٍ يفيد أن ما تعلَّق به حَقٌّ ولم يخف فساده يُقدَّم على ما لم يتعلق به حقٌّ وخيف فساده، وليس معتمدًا، وحينئذٍ علم أن قول المصنف: «ويقدَّم ما يخاف فساده»؛ أي وجوبًا. وقوله: «فما تعلق به حق»؛ أي ندبًا. وقوله: «فحيوانًا»؛ أي وجوبًا، وقوله: «فمنقولًا»؛ أي ندبًا؛ «ح ل».

وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ . . . .

قسم، أو بقي شيء ضارب به المرتهن أو المجنيّ عليه.

(وَلْيَبِعْ) ندبًا (**بِحَضْرَةِ المفلس**) ـ بتثليث الحاء والفتحُ أفصح ـ أو وكيله (**وغرمائه**) أو وكيلهم؛ لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب، ولأن المفلس يبيِّن ما في ماله من عيب فلا يُرَدُّ، ومن صفةٍ مطلوبةٍ فيرغب فيه، ولأنه أعرف بثمن ماله فلا يلحقه غبن، ولأن الغرماء قد يزيدون في السِّلعة.

قال الأذرعي: «ولا يتعين البيع؛ بل للحاكم تمليك الغرماء أعيان ماله إن رآه مصلحة». انتهى.

والأَوْلَى أن يتولى البيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم؛ ليقع الإشهاد عليه، ولا يحتاج إلى بيِّنة بأنه ملكه، بخلاف ما لو باع الحاكم لا بُدَّ أن يثبت أنه ملكه كما قاله ابن الرفعة تبعًا للماوردي والقاضي؛ إذْ بَيْعُ الحاكم حكم بأنه له، ويوافقه قول الرافعي في الفرائض: «قسم الحاكم يتضمن الحكم بموت المفقود»، وكلامُ جماعةٍ يقتضي الاكتفاء باليد، وحكى السبكي في ذلك وجهين، ورجّح الاكتفاء باليد، قال: «وهو قول العبّادي»، وكذا نقله الزركشي، ثم قال الأذرعي: «وأفتى ابن الصلاح بما يوافقه، والإجماع الفعلي عليه، والأوّل أظهر».

تنبيه: لا يختصّ هذا الحكم بالمفلس؛ بل كُلُّ مديون ممتنع يبيع القاضي عليه؛ لكن في غير المفلس لا يتعين فيه البيع؛ بل القاضي مخيّر بينه وبين إكراهه على البيع كما في «زيادة الروضة» عن الأصحاب، ولذلك اقتصر المصنف على المفلس لِتَعَيُّنِ ذلك فيه، قال السبكي: «والذي يظهر أن تخييره إنما هو عند طلب المدعي الحَقَّ من غير تعيين طريق، فإن عيّنه تعيّن»، قال القاضي: «وعَزَى ذلك إلى القَفَّالِ الكبير»، قال ابنه في «التوشيح»: «وقد يقال ليس للمدّعي حق في إحدى الخصال حتى تتعيَّنَ بتعينه، وإنما حقّه في خلاص حقّه، فليعتمد القاضي بما شاء من الطرق». انتهى، وهذا هو الظاهر.

وإذا قلنا بعدم الاكتفاء باليد قال ابن الرفعة: «فيتّجه أن يتعيَّن الحبس إلى أن يتولّى الممتنع من الوفاء البيع بنفسه».

كُلِّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ، بِثَمَنِ مِثْلِهِ، حَالًّا، مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ.

وَلْيَبِعْ ندبًا (كُلَّ شيء في سوقه[١])؛ لأن طالبه فيه أكثر، والتهمة فيه أبعد. ويشهر بيع العقار ليظهر الراغبون. فلو باع في غير سوقه بثمن مثله جاز، نعم إن تعلّق بالسُّوق غرضٌ معتبر للمفلس أو للغرماء وجب. قال الإسنوي: «ومحلّه ـ كما قاله الماوردي ـ إذا لم يكن في نقله مؤنةٌ كبيرة[٢]، فإن كانت ورأى الحاكم المصلحة في استدعاء أهل السوق فعل»، قال الزركشي: «ومحلّه أيضًا إذا ظنّ عدم الزيادة في غير سوقه». وإنما يبيع (بثمن مثله[٣]) فأكثر (حالًّا[٤] من نقد البلد) وجوبًا كما صرَّح به في «المحرّر»؛ لأن التصرّف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة كالوكيل، والمصلحة ما ذكره. نعم إن رضي المفلس والغرماء بالبيع نسيئةً أو بغير نقد البلد جاز كما قاله المتولّي وإن نظر فيه السبكي وقال: «لاحتمال غريم آخر». ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل

(١) أي وقت قيامه؛ كيوم الخميس مثلًا. والمراد السوق المعهود لكلٍّ نوع، فالإضافة للعهد. و«السوق» مؤنثة وقد تُذكَّرُ، مشتقة من «السَّوْقِ» لسوق الناس بضائعهم إليها؛ كما قال بعض شُرَّاح البخاري، قال ابن مكي: والغالب فيها التأنيث؛ «ق ل»، والدليل على ذلك تصغيرها على «سُويقة»؛ ذكره صاحب «الإشارات». ويشهر بيع العقار ليظهر الراغبون. ولو باع في غير سوقه بسعر مثله جاز، نعم إن تعلق بالسوق غرض معتبر للمفلس أو للغرماء وجب؛ «س ل» و«م ر».
انظر: حاشية البجيرميِّ على شرح منهج الطلاب، كتاب التفليس، فصل فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس، (٢/ ٥٣٧).

(٢) بحيث لا يُتسامحُ بها في نقله عادةً.

(٣) ولو تعذر من يشتريه بثمن مثله من نقد البلد وجب الصبر بلا خلاف؛ قاله النووي في «فتاويه». وقال ابن أبي الدم: يباع المرهون بما دفع فيه بعد النداء والاشتهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمن مثله بلا خلافٍ؛ بناء على أن القيمة وصف قائم بالذات، فإن قلنا: ما تنتهي إليه الرغبات فواضح؛ لأن ما دفع فيه هو ثمن مثله، وعليه ففارق الرهن مال المفلس: بأن الراهن التزم ذلك حيث عرض ملكه برهنه للبيع؛ ألا ترى أن المُسْلَمَ إليه لمَّا التزم تحصيل المُسْلَمِ فيه لزمه ولو بأكثر من ثمن مثله؟ انتهى «م ر»، قال: ويرد ـ أي الفرق ـ بأن هذا لا ينتج بيع ماله بدون ثمن مثله؛ بل الأوجه استواؤهما. ولو باع بثمن مثله ثم وجد راغب في زمن الخيار وجب البيع له، فإن لم يبع له انفسح البيع؛ «س ل».
انظر: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، كتاب التفليس، فصل فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس، (٢/ ٥٣٧ـ٥٣٨).

(٤) فلا يبيع بمؤجَّل وإن حلَّ قبل القسمة.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتُرِيَ، وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلَمِ. وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ، . . . . . .

حقوقهم جاز. ولو باع ماله بثمن مثله ثم ظهر راغب بزيادة وجب القبول في المجلس وفسخ البيع، فإن لم يقبل فسخ الحاكم عليه، قال الروياني في «التجربة»: «وقد ذكروا في عدل الرّهن والوكالة أنه إذا لم يفسخ ومضى زمنٌ يمكن فيه البيع انفسخ بنفسه» فقياسه هنا كذلك.

ولو تعذّر من يشتري مال المفلس بثمن مثله من نقد البلد وجب الصبر، قال المصنف في «فتاويه»: «بلا خلاف». فإن قيل: المرهون يُباع بالثمن الذي دفع فيه بعد النداء والإشتهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمن مثله؛ قال ابن أبي الدم: «بلا خلاف»، أجيب: بأن الراهن التزم ذلك حيث عَرَّضَ ملكه للبيع. ونظير الراهن المُسْلَمُ إليه فإنه يلزمه تحصيل المُسْلَمِ فيه إذا وجده بأكثر من ثمن مثله أو بثمن غالٍ كما مرَّ في بابه لأنه التزمه.

(ثم إن كان الدين) من (غير جنس النقد) الذي بِيْعَ به أو من غير نوعه (ولم يَرْضَ الغريم إلَّا بجنس حقّه) أو نوعه (اشْتُرِيَ) له؛ لأنه واجبه، (وإن رضي جاز صرف النقد إليه إلَّا في السَّلَمِ) ونحوه مما يمتنع الاعتياض فيه؛ كبيع في الذمة وكمنفعة واجبة في إجارة الذمة، فلا يجوز صرفه إليه وإن رضي لامتناع الاعتياض. وأورد ابن النقيب على المصنّف نجوم الكتابة، فليس للسيد الاعتياض عنها على الأصح، ولا يَرِدُ كما قال الوليّ العراقي؛ لأن النجوم لا يحجر لأجلها فليست مرادةً هنا.

(ولا يُسَلِّمُ[(١)]) الحاكم أو مأذونه (مبيعًا قبل قبض ثمنه[(٢)]) احتياطًا، فإن فعل ضمن

---

(١) أي لا يجوز له ذلك، فيحرم ولو مع وجود ضامن ثقة أو رهن، ومثل القاضي في هذا الحكم مأذونه.

(٢) ويستثنى منه ما لو باع شيئًا لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذي اشتراه به، فإنه يجوز أن يسلمه له قبل قبض الثمن، والأحوط بقاؤه في ذمته لا أخذه وإعادته إليه؛ لأنه إن كان الثمن من جنس الدين جاء التَّقَاصُّ، وإن لم يكن من جنسه ورضي به حصل الاعتياض، فلم يحصل تسليم مع بقاء الثمن على كل تقدير؛ قال «حج»: والأحوط بقاؤه في ذمته وإن لم يحصل تقاص ولا اعتياض؛ «س ل».

وَمَا قَبَضَهُ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرَ لِيَجْتَمِعَ.

كالوكيل، والضمانُ بقيمة المبيع، وقيل: بالثمن، وقيل: بأقلِّ الأمرين. فعُلم أنه لا يجوز البيع بمؤجّل وإن حَلَّ قبل أوان القسمة؛ لأن البيع بمؤجّل يجب تسليمه قبل قبض الثمن. قال السبكي: «وينبغي أن يكون محلّ ضمانِ الحاكمِ إذا فعله جاهلًا أو معتقدًا تحريمه، فإن فعله باجتهادٍ أو تقليدٍ صحيحٍ لم يضمن؛ لأن خطأه غير مقطوع به». فإن قيل: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو باع شيئًا لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذي اشترى به فأكثر، فإنه يجوز أن يسلّم له قبل قبض الثمن، والأحوط بقاء الثمن في ذمته لا أخذه وإعادته إليه، أجيب: بأنه إن كان الثمن من جنس دينه جاء التَّقَاصُّ، وإن لم يكن من جنسه ورضي به حصل الاعتياض، فلم يحصل تسليم مع بقاء الثمن على كُلِّ تقدير.

(وما قبضه) الحاكم من ثمن أموال المفلس (قسمه) ندبًا على التدريج (بين الغرماء[1])؛ لتبرأ منه ذِمَّتُهُ ويصل إليه المستحِقُّ، فإن طلب الغرماء القسمة وجبت كما يؤخذ من كلام السبكي الآتي. (إلَّا أن يعسر لِقِلَّتِهِ) وكثرة الديون (فيؤخّر) أي الحاكم ذلك (ليجتمع) ما يسهل قسمته دفعًا للمشقة، فيقرضه أمينًا مُوسِرًا، قال السبكي: «ترتضيه الغرماء»، قال الأذرعي: «وغير مماطل»، فإن فُقِدَ أودعه ثقةً ترتضيه الغرماء، ولا يضعه عند نفسه لما فيه من التهمة. قال الأذرعي: «ولك أن تقول: إذا كان الحال يقتضي تأخير القسمة، وأنه إذا أخذه أقرضه، فينبغي أنه إذا كان المشتري ممن يجوز إقراضه منه أن يترك في ذمته إلى وقت القسمة، ولا وجه لقبضه منه ثم السَّعي في إقراضه، وقد لا يجد مقترضًا أهلًا». انتهى، وهو بحثٌ حَسَنٌ. ولو اختلفت الغرماء فيمن يقرضه أو يودع عنده أو عيّنوا غير ثقة، فمن رآه القاضي من العدول أَوْلَى. فإن تلف عند المُودَعِ من غير تقصير فمن ضمان المفلس.

قال الشيخان: فإن طلب الغرماء القسمة ففي «النهاية» إطلاقُ القول بأنه يجيبهم، والظاهر خلافه. انتهى، والأوجه ـ كما قال شيخنا ـ ما أفاده كلام السبكي من حَمْلِ هذا

---

(١) أي الحالَّةِ ديونهم، ولا يدّخر للمؤجَّل شيئًا.

وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ، . . . .

على ما إذا ظهرت مصلحةٌ في التأخير، وما في «النهاية» على خلافه.

فلو كان الغريم واحدًا سلّمه إليه أوّلًا فأوّلًا؛ لأن إعطاءه للمستحِقِّ أَوْلَى من إقراضه أو إيداعه.

تنبيه: يستثنى من القسمة عليهم المكاتَبُ إذا حُجر عليه وعليه نجومُ كتابةٍ وأرش جناية ودين معاملة، فالأصح تقديم دين المعاملة ثم الأرش ثم النجوم. وإنما قُدِّمَ دين المعاملة عليهما؛ لأن لهما تعلّقًا آخر بتقدير العجز عنهما وهو الرقبة. وإنما قُدِّمَ الأرش على النجوم؛ لأنه مستقِرٌّ والنجوم مُعَرَّضَةٌ للسقوط، وتقدم أنه لا حجر بالنجوم.

وهذا بخلاف المديون غير المحجور عليه فإنه يقسم كيف شاء، وهو ظاهر بالنسبة لصحة التصرّف، أما بالنسبة للجواز فينبغي ـ كما قال السبكي ـ أنهم إذا استووا وطالبوا وحُقُوقُهُمْ على الفور أن تجب التسوية.

[حكم تكليف الغرماء عند القسمة إثبات أن لا غريم غيرهم]

(ولا يكلَّفون) أي الغرماء عند القسمة (بيِّنَةً[1]) أو إخبار حاكم (بأن لا غريم غيرهم)؛ لأن الحجر[2] يشتهر فلو كان ثَمَّ غريمٌ لظهر، ويخالف نظيره في الميراث؛ لأن الورثة أضبط من الغرماء، وهذه شهادة على نَفْيٍ يعسر مدركها، فلا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره، قال في «الروضة»: «ولأن الغريم الموجود تَيَقَّنَّا استحقاقَهُ لما يخصّه وشككنا في مزاحمه، وهو بتقدير وجوده لا يخرجه عن استحقاقه

---

(١) أي لعسر إقامة البينة على النفي، أي لا يكلفون إثبات ذلك إما بالبينة أو بإخبار من حاكم آخر، وقبلت البينة مع أنه نفي عامٌّ؛ لأنه محصور، بخلاف الورثة حيث يكلفون أن لا وارث غيرهم؛ «ح ل»؛ أي لأن الورثة أضبط غالبًا كذا قالوا، وفيه نظر؛ «ق ل»، وعبارة «س ل»: يخالف نظيره في الميراث: أن الورثة أضبط من الغرماء، وهذه شهادة يعسر مدركها، فلا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره. انتهى، وإذا كانت الورثة أضبط تسهل إقامة البينة على أن لا وارث غيرهم؛ لأن شأنهم أن يعرفوا.

(٢) أي ولأن وجود غريم آخر لا يمنع الاستحقاق من أصله، ولا يتحتم مزاحمته لجواز إبرائه؛ بخلاف الوارث فإنه قد يمنع استحقاق غيره الإرث ويتحتم مزاحمته؛ «ح ل».

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ، وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ.

له في الذمة، ولا يتحتَّم مزاحمة الغريم؛ لأنه لو أبرأ أو أعرض أخذ الآخر الجميع، والوارث بخلافه في جميع ذلك».

تنبيه: لو قال المصنِّف: «ولا يكلَّفون الإثبات بأن لا غريم غيرهم» لكان أَوْلَى ليشمل ما زدته في كلامه.

[حكم ما لو قسم مال المفلس على الموجودين فظهر غريم آخر]

(فلو قسم فظهر غريم) يجب إدخاله في القسمة؛ أي[1] انكشف أمره. **(شارك بالحصة)** ولم تُنْقَضِ القسمة؛ لأن المقصود يحصل بذلك، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة، فأخذ الأوّل عشرةً والآخر خمسةً، ثم ظهر غريمٌ له ثلاثون رجع على كُلٍّ منهما بنصف ما أخذه، فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسرًا جعل ما أخذه كالمعدوم وشارك من ظهر الآخَرَ وكان ما أخذه كأنه كُلُّ المال، فلو كان المُتْلِفُ آخذًا الخمسة استردّ الحاكم من آخذ العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر، ثم إذا أيسر المُتْلِفُ أخذ منه الآخران نصفَ ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينهما، وقِسْ على ذلك.

واحترز بقوله: «ظهر» عمّا إذا حدث بعد القسمة، فإنه لا يضارب إلّا إذا كان سببه متقدمًا، كما إذا أجّر دارًا وقبض أجرتها ثم انهدمت بعد القسمة فإنه يضارب على الصحيح.

(وقيل: تُنْقَضُ القسمة)؛ كما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارثٌ آخر فإن القسمة تُنْقَضُ على الأصح، وفرّق الأول: بأن حق الوارث في عين المال، بخلاف حق الغريم فإنه في قيمته وهو يحصل بالمشاركة.

ولو ظهر الثالث وحصل للمفلس مالٌ قديمٌ أو حادثٌ بعد الحجر صرف منه إليه بقسط ما أخذه الأوّلَانِ، والفاضل يقسم على الثلاثة، نعم إن كان دينه حادثًا فلا مشاركة له في المال القديم، وتقدّم أن الدين إذا تقدّم سببه فكالقديم.

---

(١) أي قوله: «فظهر» أي انكشف أمْرُهُ.

وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحَاكِمُ قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ: يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ بِهِ.

ولو غاب غريم وعرف قدر حقّه قسم عليه، وإن لم يعرف: فإن أمكنت مراجعته وجب الإرسال إليه، وإن لم تمكن مراجعته ولا حضوره رجع في قَدْرِهِ إلى المفلس، فإن حضر وظهر له زيادةٌ فهو كظهور غريم بعد القسمة. ولو تلف بيد الحاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصته أو إفرازها فعن القاضي أن الغائب لا يزاحم من قبض.

(ولو خرج شيء باعه) المفلس (قبل الحجر مُسْتَحَقًّا والثمن) المقبوض (تالف فكدين ظهر)، سواء أتلف قبل الحجر أم بعده؛ لثبوته قبل الحجر. وخرج بقوله: «والثمن تالف» ما إذا كان باقيًا فإنه يردُّه.

فإن قيل قوله: «فكدين ظهر» لا معنى للكاف بل هو دين ظهر حقيقة، أجيب: بأن معناها «مِثْل» كما في قوله تعالىٰ: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَيْءٌ﴾ [الشورى: ١١]، فكأنه قال: فمثل الدين اللازم دين ظهر من غير هذا الوجه، وحكمه ما سبق فيشارك المشتري الغرماء من غير نقض القسمة أو مع نقضها. والمراد بالمثل البدلُ ليشمل القيمة في المتقوِّم.

(وإن اسْتُحِقَّ شيء باعه الحاكم[1]) أو أمينُهُ والثمن المقبوض تالفٌ (قدم المشتري بالثمن) أي بمثله على باقي الغرماء؛ لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر؛ كأجرة الكيال ونحوها من المؤن. (وفي قول: يُحَاصُّ الغرماء به) كسائر الديون؛ لأنه دين في ذمة المفلس، ودُفع بما مرَّ. وليس الحاكم ولا أمينه طريقًا في الضمان لأنه نائب الشرع.

---

(١) قال الزركشي: فإن قيل: كيف يتصور ذلك إذا قلنا: «إنه لا يبيع إلا ما ثبت عنده أنه ملك المفلس»، فكيف تنهض ـ أي تقبل ـ وتسمع البينة بخلافه؟ والجواب ما قاله في «البحر»: أن تقوم بينة بأنه كان باعه قبل الحجر أو وقفه، فإنها تقدَّم على بينة الملك المطلق، أو تبيَّن ببينة الملك مانع، وبفرض سلامتها قد تقام بينة أخرى معها مرجح آخر؛ كشاهدين مع شاهد ويمين؛ «شوبري».

وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يُقَسَّمَ مَالَهُ . . . .

[نفقةُ المفلس ومن يمونه]

(وينفق[١]) الحاكم من مال المفلس عليه و (على من عليه نفقته) من زوجة وقريب[٢] وأمِّ ولدٍ وخادم (حتى يقسم ماله[٣])؛ لأنه موسِرٌ ما لم يزل ملكه عنه[٤]. ومحلّه في الزوجة التي نكحها قبل الحجر، أما المنكوحة بعده فلا، بخلاف الولد المتجدِّد له، وفرّق بينهما: بعدم الاختيار في الولد بخلاف الزوجة. ولا فرق في المملوك بين القديم والحادث بعد الحجر؛ لأنه مال وفيه نفع للغرماء، فإن قيل: لو أقرّ السفيه بولدٍ ثبت نسبه وأنفق عليه من بيت المال فَهَلَّا كان المفلس كذلك؟ أجيب: بأن إقرار السفيه بالمال وبما يقتضيه[٥] لا يقبل؛ بخلاف إقرار المفلس فإنه يقبل على الصحيح، وغايته هنا أن يكون قد أقرّ بِدَيْنٍ وإقراره به مقبول ويجب أداؤه، فبالأَوْلَى وجوب الإنفاق لأنه وقع تَبَعًا؛ كثبوت النسب تَبَعًا لثبوت الولادة بشهادة النسوة. فإن قيل: هَلَّا كان إقراره كتجديد الزوجة؟ أجيب: بأن الإقرار به واجبٌ بخلاف التزوّج. فإن قيل: قد يكون الآخر واجبًا بأن ظلمها في القَسم وطلقها على القول بوجوبه كما سيأتي في بابه، أجيب: بأنه يمكنه الخروج من ذلك بأن تسامحه من حقّها ولا كذلك النَّسب. ولو اشترى أَمَةً في ذمته بعد الحجر وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده فالأوجه ـ كما اقتضاه كلامهم ـ أنه ينفق عليها، وفارقت الزوجة لقدرتها على الفسخ بخلاف أمِّ الولد.

وينفق على الزوجة نفقة المعسرين على المعتمد الموافق لنصّ الشافعي، خلافًا

---

(١) أي وجوبًا؛ نفقة وكسوة وإسكانًا وإخدامًا.

(٢) المراد بالأقارب الأصل والفرع، ولا ينفق على القريب إلا بعد طلبه إن تأهّل، فلو كان طفلًا أو مجنونًا أو عاجزًا عن الإرسال للحاكم ـ كزَمِنٍ ـ أنفق عليه بلا طلب حيث لا ولي له خاص يطلب له؛ «شرح م ر»، فلو أنفق عليه من غير طلب فهل يضمن للغرماء ما أنفقه أو لا؟ والأقرب عدم الضمان، وأنه لا رجوع عليه؛ لأنه في نفس الأمر أخذ حقه؛ «ع ش».

(٣) أي إلى يوم القسم وليلته.

(٤) أي وتعلّق حق الغرماء بالأموال بطريق العروض، وإلا فهو بطريق الأصالة متعلق بالذمّة.

(٥) في المخطوط: «يقبضه».

لَا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ.

وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الأَصَحِّ وَإِنِ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ، .....

للروياني من أنه ينفق نفقة الموسرين، وعلّل بأنه لو أنفق نفقة المعسرين لما أنفق على القريب، ورُدَّ: بأن اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير المعتبر في نفقة القريب؛ لأن الموسر في نفقته من يفضل ماله عن قوته وقوت عياله، وفي نفقة الزوجة من يكون دَخْلُهُ أكثر من خَرْجِهِ، وبأن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان بخلاف القريب، فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني.

واعلم أنهم ذكروا في وليِّ الصبي أنه لا ينفق على قريبه إلَّا بعد الطلب فليكن هنا مثله؛ بل أَوْلَى لمزاحمة حق الغرماء.

تنبيه: لو عبّر بـ «يمون» بدل «ينفق» لكان أَوْلَى ليشمل النفقة والكسوة والإسكان والإخدام وتكفين من مات منهم قبل القسمة؛ لأن ذلك كُلَّهُ عليه.

(إلَّا أن يستغني) المفلس (بكسب) لائق به، فلا ينفق الحاكم عليه ولا عليهم من ماله؛ بل من كسبه، فإن لم يوف كمل من ماله، أو فضل منه شيء أضيف إلى المال. أما غير اللائق فكالعدم كما صرّحوا به في قسم الصدقات وسكتوا عنه هنا. ولو رضي بما لا يليق به وهو مباح لا يمنع منه، قال الأذرعي: «وكفانا مؤنته». ولو امتنع من اللائق به فقضية كلام المتن و«المطلب» أن ينفق من ماله؛ لأنه صَدَقَ عليه أنه لم يستغْنِ من كسبه، واختاره الإسنوي، وقضية كلام المتولي خلافه، واختاره السبكي، والأول أنسب بقاعدة الباب من أنه لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، وهو أنسب من قول الوليِّ العراقي من أنه لو فصل بين أن يتكرر ذلك منه ثلاث مرات فأكثر وبين أن يوجد منه مَرَّةً أو مرتين لم يبعد.

(ويباع مسكنه وخادمه) ومركوبه (في الأصح) المنصوص (وإن احتاج إلى خادم) ومركوب (لزمانته ومنصبه)؛ لأن تحصيلهما بالكراء يسهل، فإن تعذّر فعلى المسلمين. والثاني: يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به دون النفيسين، وهو مخرج من نصّه في الكفارات أيضًا، وفرّق الأول: بأن حقوق الآدميين أضيق ولا بدل لها. وتباع البسط

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ، وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمِكْعَبٌ، وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ. . . . .

والفرش، ويسامح في حصير ولِبْدٍ قليلي القيمة. (ويترك له دست ثوب[١] يليق به) حال فلسه كما قاله الإمام إن كان في ماله وإلَّا اشتُري له؛ لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى النفقة. فلو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله ردّ إلى اللائق، أو دون اللائق تقتيرًا لم يزد عليه.

تنبيه: قال الإسنوي: الضمير في «له» عائد على لفظ «مَنْ» المذكور في النفقة، وحينئذ فيدخل فيه نفسه وعياله، ونقله الزركشي عن البغوي وغيره.

(وهو قميص وسراويل[٢]) ومنديل (وعمامة ومِكْعَبٌ) أي مَدَاس. (ويزاد في الشتاء جُبَّةٌ) محشوّة أو ما في معناها كفَرْوَةٍ؛ لأنه يحتاج إلى ذلك ولا يؤجّر غالبًا. ويُتْرَكُ له أيضًا طَيْلَسَان[٣] وخُفٌّ ودُرَّاعَةٌ[٤] ــ بضمِّ المهملة ــ يلبسها فوق القميص، أو نحوها مما يليق إن لاقَ به ذلك؛ لئلا يحصل الازدراء بمنصبه. وتُزاد المرأة مِقْنَعَة[٥] وغيرها

---

(١) أي لأن الحَيَّ أفضل من الميت، والميت يُقدَّمُ كفنه على الدين. و«الدست» لفظة أعجمية اشتهرت في الشرع، وهي اسم للرزمة من الثياب؛ أي الجملة من الثياب؛ كما في «المصباح». انتهى «أ ج»، وعليه فإضافته لـ«ثوب» بيانية. والمراد بالثوب الجنس قال الشيخ «س ل»: أي كسوة كاملة ولو غير جديدة؛ بشرط أن يبقى فيها نفع عرفًا فيما يظهر، وليس كل ما ذكره متعينًا إلا لمن تختلُّ مروءته بترك شيء منه؛ إذ الواجب من ذلك ما تختلُّ المروءة بفقده، ومنها المنديل والتكة.

(٢) أي إن كان ممن يلبس ذلك كما في «ح ل»، وهو معرَّب يُذكَّر ويُؤنَّث، وبالنون بدل اللام وبالمعجمة بدل المهملة أيضًا، قال الأزهري: «السَّراويل» أعجمية عُربت. وجاء السراويل على لفظ الجماعة وهي واحدة، وأول من لبسه الخليل صلى الله على نبينا وعليه وسلَّم، واشتراه ﷺ كما صح، ولم يصح أنه لبسه ووجد في تركته ﷺ؛ كما في «الشويري».

(٣) وهو ما يجعل فوق العمامة كالشَّال والفوطة، وفي «المصباح»: الطيلسان فارسي مُعرَّبٌ، قال الفارابي: هو «فيعَلان» بفتح الفاء والعين، وبعضهم يقول: كسر العين لغة.

(٤) بضمِّ الدال وتشديد الراء اسم للملوطة ونحوها مما يلبس فوق القميص كجوخة وجبة، والمراد أنه يترك له ذلك إن كان ممن يلبسه.

(٥) قال في «مختار الصِّحاح»: المِقنع والمِقنعة ـ بكسر أوَّلهما ــ ما تقنع به المرأة رأسها؛ أي تغطيها به؛ كالفوطة والمدوَّرة. والقناع أوسع من المقنعة؛ كالحبرة والملاءة، انتهى بحروفه «ع ش».

وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ، . . . .

مما يليق بها. وسكتوا عمّا يلبس على الرأس تحت العمامة، قال الإسنوي: «والذي يظهر إيجابه»، وذكر نحوه الأذرعي، وهو ظاهر، ويقال لما تحتها القلنسوة، ومثلها تِكَّةُ اللباس.

تنبيه: قال العبادي: «يترك للعالم كتبه»، وتبعه ابن الأستاذ وقال تفقُّهًا: «يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما، بخلاف المتطوع بالجهاد فإن وفاء الدين أَوْلَى له؛ إلّا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرها».

أما المصحف فيباع؛ قال السبكي: «لأنه محفوظ فلا يحتاج إلى مراجعته، ويسهل السؤال عن الغلط من الحفظة، بخلاف كتب العلم».

قال صاحب «التهذيب» في «الفتاوى»: «ويبيع القاضي آلات حرفته إن كان مجنونًا» ومفهومه أنها لا تباع إن كان عاقلًا، والأصح كما في «الأنوار» خلافه، وقال ابن سريج: «يُترك له رأسُ مال يتّجر فيه إن لم يحسن الكسب إلّا به»، قال الأذرعي: «وأظنُّ أن مراده اليسير كما قاله الدارمي، أما الكثير فلا إلّا برضاهم».

(ويترك له قوت يوم القسمة) وسكناه كما في «الوجيز»[(١)] (لمن عليه نفقته)؛ لأنه موسر في أوّله بخلاف ما بعده. قال في «المهمات»: والمراد اليوم بليلته كما صرَّح به البغوي في «التهذيب»، ونقله المصنف في تعليقه على «المهذب» وارتضاه. انتهى. فإن قسم ليلًا فيلحق به اليوم الذي بعده قياسًا على الليلة. ويترك ما يجهز به من مات منهم ذلك اليوم أو قبله مقدّمًا به على الغرماء. هذا كُلُّهُ إذا كان بعض ماله خاليًا عن تعلّق حَقٍّ لمعيّن، فإن تعلّق بجميع ماله حَقٌّ لمعيَّن ـ كالمرهون ـ فلا ينفق عليه ولا على عياله منه.

[حكم إجبار المفلس على إجارة نفسه بعد القسمة لإيفاء بقيّة الديون]

(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجّر نفسه لبقية الدين)؛ لقوله تعالى:

---

(١) في المخطوط: «الوجهين».

وَالأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ.

﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، أمر بانتظاره ولم يأمر باكتسابه، ولقوله ﷺ في خبر معاذ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»[١]. ولا يلزمه ترك القصاص الواجب له بجناية عليه أو على غيره كرقيقه بالأرش؛ لأنه في معنى الكسب، نعم إن وجب الدين بسببٍ عَصَى به كإتلاف مال الغير عمدًا وجب عليه الاكتساب كما نقله الإسنوي عن ابن الصلاح، ثم قال: «وهو واضح؛ لأن التوبة من ذلك واجبة، وهي متوقِّفة في حقوق الآدميين على الرَّدِّ»؛ بل نقل الغزالي في باب التوبة من «الإحياء»: «أن من استطاع الحج ولم يحجّ حتى أفلس فعليه الخروج، فإن لم يقدر مع الإفلاس فعليه أن يكتسب من الحلال قدر الزاد، فإن لم يقدر فعليه أن يسأل الناس لِيُصْرَفَ إليه من الزكاة أو الصدقة ما يحجّ به، فإن مات قبل الحج مات عاصيًا»، فهذا أبلغ مما نقل عن ابن الصلاح، فإن الحجَّ من حقوق الله تعالىٰ، والتحقيق ـ كما قال شيخنا ـ أن وجوب ذلك ليس لإيفاء الدين؛ بل للخروج من المعصية، وليس الكلام فيه. فإن قيل: يجب الاكتساب في نفقة القريب مع أن الدين أقوى منها، فإنها تسقط بمضيّ الزمان بخلافه، فَهَلَّا كان ذلك مثلها؟ أجيب: بأن قدر النفقة يسير والدين لا ينضبط قدره، وأيضًا نفقة القريب فيها إحياء بعضه فلزمه الاكتساب له؛ كما يلزمه الاكتساب لإحياء نفسه بخلاف الدين. قال ابن الرفعة: هذا كُلُّهُ في الحُرِّ، أما الرقيق المأذون له في التجارة إذا قسم ما بيده للغرماء وبقي عليه دين وقلنا: «يتعلق دَيْنُ التجارة بكسبه» ـ وهو الأصح ـ لزمه أن يكتسب للفاضل. انتهى، وفيه نظر. ولا يُمَكَّنُ المفلس من تفويتِ حاصلٍ لمنافاته غرض الحجر، فليس له ولا لوارثه العفو عن المال الواجب بجنايةٍ؛ لما فيه من تفويت الحاصل.

[حكم إجارة أمِّ ولد المفلس والموقوف عليه بعد القسمة لإيفاء بقيّة الديون]

(والأصح وجوب إجارة أُمِّ ولده والأرض الموقوفة عليه) مثلًا لبقية الدين؛ لأن منافعها كالأعيان، ولهذا يضمنان بفوتهما في يد الغاصب، بخلاف منافع الحُرِّ فيصرف

---

(١) انظر الحديث السابق مع تخريجه.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا: فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ ـ كَشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ ـ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، . . . .

بدلهما إلى الدين ويؤجران مَرَّةً بعد أخرى إلى البراءة، فإن المنافع لا نهاية لها، قال الرافعي: «ومقتضى هذا إدامة الحجر إلى البراءة، وهو كالمستبعد»، قال البلقيني: «ليس هذا مقتضاه، وإنما مقتضاه أحد أمرين: إما أن ينفكَّ الحجرُ بالكلية، وإما أن ينفكَّ بالنسبة إلى غير الموقوف والمستولدة ويبقى فيهما»، وتبعه الإسنوي على ذلك. قال الزركشي: «والمراد إذا كان يحصل منهما ما يزيد على قدر نفقته ونفقة من يمونه قبل قسمة المال، فإنَّهما يقدمان في المال الحاصل فالمنزل منزلته أَوْلى». انتهى؛ لكن إنما تُقَدَّمُ نفقته ونفقة من يمونه قبل قسمة المال، وقياسه أن يقال: ينفق عليه وعلى من يمونه من أجرة أمِّ الولد والموقوف عليه إلى أن يؤجّر. والثاني: لا تجب؛ لأن المنفعة لا تعدّ مالاً حاصلاً. قال الأذرعي: «والظاهر أن الموصَى بمنفعته له كالمستولدة والموقوف».

قال في «الروضة»: «وأفتى الغزالي بأنه يُجبر على إجارة الموقوف ـ أي بأجرة معجلة ـ ما لم يظهر تفاوته بسبب تعجيل الأجرة إلى حدّ لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين والتخلُّص من المطالبة. انتهى، ومثله المستولدة، ومحلّه في الوقف إذا لم يكن شرط الواقف في إجارته شرطًا؛ فإن شرط شيئًا اتُّبِعَ؛ قاله القاضي أبو بكر الشاشي في «فتاويه».

تنبيه: لو قال المصنف: «والموقوف عليه» لكان أخصر وأشمل.

[الاختلاف بين المدين والغرماء]

(وإذا ادّعى) المدين **(أنه معسر، أو قسم ماله بين غرمائه وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا)** ما زعمه، **(فإن لزمه الدين في معاملة مال ـ كشراءٍ أو قرضٍ ـ فعليه البينة)** بإعساره في الصورة الأُولى، وبأنه لا يملك غيره في الثانية؛ لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة. وقضيةُ التوجيه المذكور أن المراد بالمال ما يبقى، أما ما لا يبقى ـ كاللحم ـ فالظاهر أنه كالقسم الآتي.

وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الأَصَحِّ.

وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الإِعْسَارِ فِي الْحَالِ، وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ، . . . .

تنبيه: قضية كلامه أن الإعسار لا يثبت باليمين المردودة، وليس مرادًا، فإنه لو ادَّعى على غريمه علمه بإفلاسه أو تلف ماله حلف على نفيه، فإن نكل حلف وثبت إفلاسه. وقضيته أيضًا أنه لا يكفي علم القاضي بإعساره، وبه صرَّح الإمام؛ قال: «لأنه ظَنٌّ لا علمٌ»؛ لكن ذكر الشيخان في الكلام على القضاء بالعلم أن المراد بالعلم هو الظن المؤكَّد لا مدلوله الحقيقي، وقضيته أنه يقضي به هنا، وهو الظاهر.

(وإلَّا) بأن لزمه الدين لا في معاملة مالٍ (فيصدَّق بيمينه في الأصح)، سواء لزمه باختياره؛ كضمان وصداق، أم بغير اختياره؛ كأرش جناية وغرامة مُتْلَفٍ؛ لأنَّ الأصل العدم. وهذا التعليل يدلُّ على أن صورة المسألة فيمن لم يعرف له مال قبل ذلك، ولذا قال في «التنبيه»: «فإن كان قد عُرف له مال قبل ذلك حُبس إلى أن يقيم البينة على إعساره». والثاني: لا يصدّق إلَّا ببينة؛ لأن الظاهر من حال الحُرِّ أنه يملك شيئًا؛ كذا علّله الرافعي، واعترضه في «الكفاية»: بأن هذا التعليل لا يستقيم فيما إذا قسم ماله؛ لأن مقتضى الظاهر قد تحقق وعمل به. والثالث: إن لزمه الدين باختياره لم يصدَّق إلَّا ببينة، أو بغير اختياره صُدِّقَ بيمينه، والفرقُ: أن الظاهر أنه لا يشغل ذِمَّتَهُ باختياره بما لا يقدر عليه. ومحلّ التفصيل المذكور ما إذا لم يسبق منه إقرار بالملاءة، فلو أقرّ بها ثم ادَّعَى الإعسار ففي «فتاوى القفَّال»: «لا يُقبل قوله إلَّا أن يقيم بينة بذهاب ماله».

فرع: لو حلف أن يوفيَ زيدًا دينه في وقت كذا ثم ادَّعَى الإعسار قُبِلَ لأجل عدم الحنث إلَّا أن يعرف له مالٌ؛ كذا أجابني به شيخي، وهي مسألة كثيرة الوقوع.

(وتقبل بينة الإعسار) وإن تعلَّقت بالنفي لمكان الحاجة؛ كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء. (في الحال) قياسًا على غيرها. (وشَرْطُ شاهده) لِيُقبل ـ وهو اثنان ـ (خبرة باطنه) أي المعسر لطول جوار أو مخالطة ونحوها، فإن المال يخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال. فإن عرف القاضي أن الشَّاهد بهذه الصفة فذاك، وإلَّا فله اعتماد قوله إنه بها، كذا نقلاه عن الإمام، وهو صرَّح بنقل ذلك عن الأئمة. وذكر الشيخان في

وَلْيَقُلْ: «هُوَ مُعْسِرٌ»، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: «لَا يَمْلِكُ شَيْئًا».

الكلام على التزكية أن القاضي لا بدّ أن يعرف أن المزكّي من أهل الخبرة، أو أن يعرف من عدالته أنه لا يزكّي إلّا بعد وجودها. قال الإسنوي: «وينبغي أن يكون هذا مثله». انتهى، وهو ظاهر.

هذا في الشاهد بالإعسار، أما الشاهد بالتلف فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة، وحينئذٍ فيصدق بيمينه في إعساره.

(ولْيَقُلْ) أي شاهد الإعسار ـ وهو اثنان كما مرَّ ـ: («هو معسر»، ولا يُمَحِّضُ النفي كقوله: «لا يملك شيئًا»)؛ لأنه لا يمكنه الاطّلاع عليه؛ بل يجمع بين نفي وإثبات فيقول ـ كما قال الشيخان ـ: «هو معسر لا يملك إلّا قوت يومه وثياب بدنه»، قال البلقيني: «وهذا غير صحيح؛ لأنه قد يكون مالكًا لغير ذلك وهو معسر؛ كأن يكون له مال غائب بمسافة القصر فأكثر ولأنّ قوت يومه قد يستغني عنه بالكسب، وثياب بدنه قد تزيد على ما يليق به فيصير موسرًا بذلك، فالطريق أن يشهد أنه معسر عاجز العجزَ الشرعيَّ عن وفاء شيء من هذا الدين، أو ما في معنى ذلك». انتهى، وهو حسن.

وأفاد التعبير بالشاهدين أنه لا يكفي رجل وامرأتان ولا رجل ويمين، وأنه لا يشترط ثلاثة، وأما قوله ﷺ فيما رواه مسلم لمن ذكر له أنَّ جائحةً أصابت ماله، وسأله أن يعطيه من الصدقة: «حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ»(١) فمحمولٌ على الاحتياط.

وسكوت المصنف عن تحليفه مع بينة الإعسار يشعر بأنه لا حاجة إليه، وليس

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة / ٢٤٠٤/ عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال: «تحملت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها. قال: ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالةً فحلَّت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحلَّت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: سدادًا من عيش ـ ورجل أصابته فاقةٌ حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانًا فاقة، فحلَّت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: سدادًا من عيش ـ فما سواهن من المسألة يا قبيصة سُحتًا يأكلها صاحبها سُحتًا».

وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ؛ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ. . . . .

مرادًا؛ بل يجب تحليفه على إعساره باستدعاء الخصم؛ لجواز أن يكون له مالٌ في الباطن. ولو كان الحقّ لمحجور عليه أو غائب أو جهة عامة لم يتوقف التحليف على الطلب، وإنما يحلف بعد إقامة البينة كما قاله القفّال. ولا يحلف من أقام البينة على تلف ماله بلا خلاف؛ لأن فيه تكذيب البينة. وله تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون إعساره إذا ادَّعاه عليهم، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره كما مرَّ، وإن حلفوا حُبس، فإن ادَّعى ثانيًا وثالثًا وهكذا أنه بان لهم إعساره حلفوا حتى يظهر للحاكم أن قصده الإيذاء. ولو ثبت إعساره فادعوا بعد أيام أنه استفاد مالًا وبيّنوا الجهة التي استفاد منها فلهم تحليفه إلَّا أن يظهر منهم قصد الإيذاء. وإذا شهد على مفلس بالغنى فلا بدّ من بيان سببه؛ لأن الإعدام لما لم يثبت إلَّا من أهل الخبرة كذلك الغنى؛ قاله القفّال في «فتاويه». ولو وجد في يد المعسر مالًا فأقرّ به لشخصٍ وصدَّقه أخذه منه ولا حقَّ فيه للغرماء، ولا يحلف المعسر أنه ما واطأ المُقَرَّ له على الإقرار؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، وإن كذّبه المُقَرُّ له أخذه الغرماء ولا يلتفت إلى إقراره به لآخر؛ لظهور كذبه في صرفه عنه. وإن أَقَرَّ به لغائب انتظر قدومه، فإن صدقه أخذه وإلَّا أخذه الغرماء. ولو أقرّ به لمجهول لم يقبل منه كما اقتضاه كلامهم، وصرَّح به الروياني وغيره. والظاهر ـ كما قال الأذرعي ـ أن الصبيَّ ونحوه كالغائب، نعم إن صدقه الوليّ فلا انتظار.

ولو تعارضت بينتا إعسارٍ وملاءةٍ كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى فشهدت بأنه في الحال على خلاف ما شهدت به، فهل يُقبل ذلك أبدًا ويعمل بالمتأخِّر؟ أفتى ابن الصلاح بأنه يعمل بالمتأخِّر منهما وإن تكررت إذا لم يَنْشَأْ من تكرارها ريبة، ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن ريبة إذا تكررت.

[حكم ملازمة المدين وحبسه بعد ثبوت إعساره]

(وإذا ثبت إعساره) عند القاضي (لم يَجُزْ حبسه ولا ملازمته؛ بل يمهل حتى يوسر)؛ للآية السابقة، بخلاف من لم يثبت إعساره فيجوز حبسه وملازمته، نعم الأصل ذكرًا كان أو غيره وإن علا لا يُحبس بدين الولد كذلك وإن سَفَلَ ولو صغيرًا أو زمنًا؛ لأنه

. . . .

عقوبة، ولا يعاقب الوالد بالولد، ولا فرق بين دين النفقة وغيرها. وكذا لا يحبس المكاتب بالنجوم، ولا المستأجَرُ عَيْنُهُ وتعذّر عمله في الحبس تقديمًا لِحَقِّ المستأجر كالمرتهن، فإن خِيفَ هربه استوثق عليه القاضي على حسب ما يراه، ولأن العمل مقصودٌ بالاستحقاق في نفسه، بخلاف الحبس ليس مقصودًا في نفسه؛ بل يُتَوَصَّل به إلى غيره، ذكره في «الروضة» في باب الإجارة عن «فتاوَى الغزالي» وأقرّه، قال السبكي: «وعلى قياسه لو استعدى على من اسْتُؤْجِرَ عَيْنُهُ وكان حضوره للتحاكم يعطل حق المستأجِرِ ينبغي أن لا يحضر، ولا يعترض باتفاق الأصحاب على إحضار المرأة البَرْزَةِ[1] وحبسها وإن كانت مزوّجة؛ لأن للإجارة أمدًا ينتظر»، ويؤخذ مما قاله أنَّ الموصى بمنفعته كالمستأجِرِ إن أوصى بها مدة معينة، وإلَّا فكالزوجة.

فروع: لا يُحبس المريض ولا المخدَّرة ولا ابن السبيل؛ بل يُوَكَّلُ بهم، ولا الصبي ولا المجنون ولا أبو الطفل والوكيلُ والقَيِّمُ في دَيْن لم يجب بمعاملتهم، وتحبس الأُمَنَاءُ في دَيْنٍ وجب بمعاملتهم. ولا يُحبس العبد الجاني ولا سَيِّدُهُ ليؤدي أو يبيع؛ بل يباع عليه إذا وجد راغب وامتنع من البيع والفداء.

وعلى الموسر الأداء فورًا بحسب الإمكان إن طُولِب؛ لقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»[2]؛ إذ لا يقال: «مَطَلَهُ» إلَّا إذا طالبه فدافعه، فإن امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع وله مالٌ ظاهرٌ وهو من جنس الدين وفى منه، أو من غيره باع الحاكم عليه ماله وإن كان المال في غير مَحَلِّ ولايته كما صرَّح به القاضي والقمولي، أو أكرهه مع التعزير بحبس أو غيره على البيع. أما قبل المطالبة فلا يجب الأداء وإن كان سبب الدين معصية، ولا ينافيه الوجوب في هذه الحالة للخروج من المعصية؛ لأن الكلام في الوجوب

(١) قيل: امرأةٌ بَرْزَةٌ: عفيفةٌ تبرز للرِّجال وتتحدَّث معهم، وهي المرأةُ التي أَسَنَّتْ وخرجت عن حَدِّ المحجوبات.
انظر: المصباح المنير، كتاب الباء، مادة «برز»، ص / ٥٠/ .

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب الحوالات، باب إذا أحال على مليٍّ فليس له ردٌّ / ٢١٦٧/ . ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة / ٤٠٠٢/ .

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ.

للحلول. ولو التمس غريم الممتنع من الأداء الحَجْرَ عليه في ماله أجيب؛ لئلّا يُتْلِفَ ماله، فإن أخفاه وهو معلوم وطلب غريمه حبسه حُبس وحُجر عليه أَوَّلًا حتى يظهره، فإن لم ينزجر بالحبس ورأى الحاكم ضربه أو غيره فَعَلَ ذلك وإن زاد مجموعه على الحدِّ، ولا يُعَزِّرُهُ ثانيًا حتى يبرأ من الأول.

ولصاحب الدين الحالِّ ولو ذميًّا منع المديون الموسر بالطلب من السفر المخوف وغيره؛ بأن يشغله عنه برفعه إلى الحاكم ومطالبته حتى يوفيه دينه؛ لأن أداءه فرض عينٍ بخلاف السفر، نعم إن استناب من يوفيه من ماله الحاضر فليس له منعه. أما صاحب المؤجّل فليس له منعه من السفر ولو كان مخوفًا كجهادٍ، أو الأجل قريبًا؛ إذ لا مطالبة به في الحال. ولا يكلَّفُ من عليه المؤجّل رهنًا ولا كفيلًا ولا إشهادًا؛ لأن صاحبه هو المقصِّر حيث رضي بالتأجيل من غير رهنٍ وكفيلٍ. وله السفر صحبته ليطالبه عند حلوله بشرط أن لا يلازمه ملازمةَ الرقيب؛ لأن فيه إضرارًا به.

[ما يفعل القاضي بالغريب العاجز عن بيّنة الإعسار]

(والغريب العاجز عن بَيِّنَةِ الإعسار يُوَكِّلُ القاضي به) وجوبًا (من يبحث) أي اثنان يبحثان بقدر الطاقة (عن حاله، فإذا غلب على ظنّه إعساره شهد به)؛ لئلّا يُخَلَّدَ في الحبس. وظاهر كلام المصنف أنه لا يُحبس؛ بل يوكّل به في الابتداء، وكلام «الشرح» و«الروضة» في فصل التزكية يقتضيه؛ لكن ظاهر كلامهما هنا أنه يفعل ذلك معه وهو في الحبس، ويدل لهذا التعليلُ المذكور.

[ما يمنع المحبوس منه، وما يترتَّب عليه من نفقاتٍ]

ولا يأثم المحبوس المعسر بترك الجمعة لأنه معذور، وللقاضي منع المحبوس منها إن اقتضته المصلحة، ومن الاستمتاع بالزوجة ومحادثة الأصدقاء، لا من دخولها لحاجةٍ كحمل طعام، وله منعه من شَمِّ الرياحين للترفّه لا لحاجةٍ كمرضٍ، لا منعه من عمل صنعةٍ في الحبس وإن كان مماطلًا. ونفقتُهُ واجبةٌ على نفسه، وعليه أجرة الحبس لأنها أجرة المكان.

. . . .

ولو حُبست امرأة في دين قال ابن المقري تبعًا لأصله: «لم يأذن فيه الزوجُ سقطت نفقتها مُدَّةَ الحبس ولو ثبت الدين بِبَيِّنَةٍ؛ كما لو وطئت بشبهة واعتدّت فإنها تسقط وإن كانت معذورة»، ومفهوم ذلك أنه لو أذن لها في الاستدانة لم تسقط نفقتها، والأَوْجَهُ ـ كما قال شيخنا تبعًا للأذرعي ـ أنها لا نفقة لها؛ كما لو أذن لها في الحَجِّ ولم يخرج معها فإنه لا نفقة لها.

ولو لزمه حقّ آخر حُبس بهما ولم يطلق بقضاء أحدهما دون الآخر.

ويُخرج المحبوس من الحبس لسماع الدعوى عليه، ويُخرج المجنون من الحبس مطلقًا، والمريض إن لم يجد مُمَرِّضًا، فإن وجده فلا، وإن كان لا يحبس ابتداءً. ومن ثبت إعساره أُخرج ولو بغير إذن الغريم لزوال المقتضي.

* * *

٢ـ فصلٌ [في رجوع المُعَامِلِ للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه]

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ، ....

(فصلٌ) في رجوع المُعَامِلِ للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه

[حكم فسخ البائع البيعَ واسترداده المبيع إذا لم يقبض الثمن
حتى حجر على المشتري بالفلس]

(من باع ولم يقبض الثمن[١] حتّى حجر على المشتري بالفلس) أي بسبب إفلاسه، والمبيع باقٍ عنده بالشروط الآتية (فله) أي البائع (فسخُ البيع واسترداد المبيع)؛ لحديث الصحيحين: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[٢]، وكون الثمن غير مقبوض يحتاج إلى إضماره في الحديث، وقول الرَّاوي فيه: «عند رجلٍ أو إنسانٍ» شكٌّ منه. ولا يحتاج في الفسخ إلى حكم حاكمٍ؛ بل يفسخه بنفسه على الأصح.

ولو حكم حاكم بمنع الفسخ لم يُنْقَضْ كما صحَّحه المصنف وإن قال الإصطخري بنقضه.

ولو وقع البيع ممن يلزمه التصرّف بالغبطة ـ كأن يكون مكاتبًا أو وليًّا ـ والغبطةُ في الفسخ وجب عليه في ذلك.

أما من أفلس ولم يُحجر عليه أو حُجر عليه للسَّفه فلا رجوع كما أفهمه كلامه، وأفهم أيضًا امتناع الفسخ بالبيع الواقع في حال الحجر؛ أي لغير الجاهل كما مرَّ.

(١) أي لم يقبض جميع الثمن، أو قبض بعضه، أو لم يقبض شيئًا منه.
(٢) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحقُّ به / ٢٢٧٢/ . ومسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس / ٣٩٨٧/ .

وَالأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ، ....

تنبيه: قوله: «ولم يقبض الثمن» المراد لم يقبض منه شيئًا؛ بدليل قوله: «واسترداد المبيع»، أما إذا قبض بعض الثمن فسيذكره بعدُ. وقوله: «واسترداد المبيع» قد يوهم منع استرداد بعضه، وليس مرادًا؛ لأنه مصلحة للغرماء؛ كما يرجع الوالد في بعض ما وهبه لولده، بخلاف الرَّدِّ بالعيب؛ لأنه يضر بالبائع وملك المفلس مبيع كله، وقيّد الأذرعي الرجوع بما إذا لم يحصل به ضررٌ بالتشقيص على الغرماء، وقال السبكي: «لا يلتفت إلى ذلك»، واقتصر عليه شيخنا في «شرح الروض»، وهو المعتمد.

(والأصح أن خياره) أي الفسخ (على الفور[1]) كخيار العيب بجامع دفع الضرر. والثاني: كخيار الرجوع في الهبة للولد، وفرّق الأول: بحصول الضرر هنا بخلاف ذلك. وعلى الأول لو ادَّعى الجهل بالفورية كان كالرَّدِّ بالعيب بل أَوْلَى؛ لأن هذا يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك. (و) الأصح (أنه لا يحصل الفسخ بالوطء) للأَمَةِ (والإعتاق) للرقيق (والبيع) والهبة ونحو ذلك، وتلغو هذه التصرفات؛ كما لا يحصل بها في الهبة للولد. والثاني: يحصل؛ كالبائع في زمن الخيار، وفرّق الأول: بأن ملك المشتري ثَمَّ ليس بمستقِرٍّ فجاز الفسخ بما ذكر بخلاف مسألتنا. ومحلُّ الخلاف إذا نوى بالوطء الفسخ وقلنا: «هذا الفسخ لا يفتقر إلى حاكم» كما مرَّ، وإلَّا فلا يحصل به قطعًا.

ويحصل الفسخ بـ «فسخت البيع» و «نَقَضْتُهُ» و«رفعته»، وكذا بقوله: «رَدَدْتُ الثمن» أو «فسخت البيع فيه» في الأصح.

(وله الرجوع) في عين[2] ماله بالفسخ (في سائر المعاوضات) التي (كالبيع)، وهي

---

(١) ولو ادَّعى جهله بالفوريَّة قُبِلَ كالرَّدِّ بالعيب بل أَوْلَى؛ لأنه مما يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك. ولو صولح عن الفسخ على مال لم يصح وبطل حقه من الفسخ إن علم لا إن جهل، ولو حكم بمنع الفسخ حاكمٌ لم ينقض حكمه؛ لأن المسألة اجتهادية، والخلاف فيها قويٌّ؛ إذ النَّصُّ كما يحتمل أنه أحق بعين متاعه يحتمل أنه أحق بثمنه وإن كان الأول أظهر، فلا ينافيه قولهم: لا يحتاج في الفسخ إلى حاكم لثبوته بالنَّصِّ؛ «شرح م ر».

(٢) في المخطوط: «غير».

وَلَهُ شُرُوطٌ مِنْهَا: كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًّا. وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالإِفْلَاسِ، فَلَوِ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ ....

المحضة؛ كالإجارة والقرض والسَّلَمِ؛ لعموم الحديث السابق، فإذا أجّره دارًا بأجرة حَالَّةٍ لم يقبضها حتى حجر عليه فله الرجوع في الدار بالفسخ؛ تنزيلًا للمنفعة منزلة العين في البيع، أو سَلَّمَهُ دراهم قرضًا أو رأس مال سَلَمٍ حَالٍّ أو مؤجّل فَحَلَّ، ثم حجر عليه والدراهم باقية بالشروط الآتية فله الرجوع فيها بالفسخ.

وخرج بـ«المعاوضة» غيرها كالهبة، وبـ«المحضة» غيرها؛ كالنكاح والصلح عن دم العمد؛ لأنها ليست في معنى المنصوص عليه؛ لانتفاء العوض في الهبة ونحوها، ولتعذّر استيفائه في البقية. وأما فسخ الزوجة بإعسار زوجها بالمهر أو النفقة كما سيأتي في بابه فلا يختصّ بالحجر.

[شروط رجوع البائع في البيع عند الحجر على المشتري بالفلس]

(وله) أي للرجوع في البيع **(شروط)**:

(منها): **(كون الثمن حالًّا)** عند الرجوع، فلا يصح رجوعٌ حالَ وجود الأجل؛ لأن المؤجّل لا يطالب به، ومن هذا يؤخذ أن الإجارة المستحق فيها أجرة كُلِّ شهر عند مضيّه أنه لا فسخ فيها؛ لأنه لا يتأتى الفسخُ قبل مضيّ الشهر لعدم الحلول، ولا بعده لفوات المنفعة، فهو كتلف المبيع؛ نبّه عليه ابن الصلاح في «فتاويه»، نعم لو أجّر شيئًا بأجرة بعضها حالٌّ وبعضها مؤجَّلٌ فالظاهر ـ كما قال شيخنا ـ أنه يفسخ في الحال بالقسط.

تنبيه: يندرج في كلام المصنف ما لو وقع الشراء بالحَالِّ، وما لو اشترى بمؤجّل وحَلَّ قبل الحَجْرِ، وهو الأصح، وما لو حَلَّ بعده، وهو الأصح في «الشرح الصغير»، وقال في «زيادة الروضة»: «إنه الأصح في الوجيز» وسكت عليه، ولا ترجيح في «الكبير».

(و) منها: **(أن يتعذر حصوله)** أي الثمن **(بالإفلاس)** أي بسببه، **(فلو)** انتفى الإفلاس و**(امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب)** عطف على «امتنع»، أو مات مليئًا وامتنع

فَلَا فَسْخَ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: «لَا تَفْسَخْ وَنُقَدِّمُكَ بِالثَّمَنِ» فَلَهُ الْفَسْخُ. . .

الوارث من التسليم (فلا فسخ في الأصح)؛ لأن التوصّل إلى أخذه بالحاكم ممكن، فإن فُرِضَ عَجْزٌ فنادر لا عبرة به. والثاني: يثبت؛ لتعذّر الوصول إليه حالًا وتوقعه مآلًا، فأشبه المفلس. واحترز أيضًا بـ«الإفلاس» عمّا إذا تعذّر حصوله بانقطاع جنس الثمن؛ لأن له الاعتياض عنه، واستشكله الإسنوي بأن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه، وقد جزم به الرافعي في فوات المبيع، وذكر أيضًا أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أَوْلَى، وأجيب: بأن الملك هٰهنا قويّ إذ العوض في الذمة فَبَعُدَ الفسخ، وهناك الملك ضعيف؛ لأن صورة المسألة: أن المعقود عليه معين، وأنه فات بإتلاف الأجنبيّ قبل القبض فساغ الفسخ؛ بل فيها قول أن العقد ينفسخ كالتلف بآفةٍ سماويةٍ.

تنبيه: يفهم كلامه أنه لو كان بالثمن ضامنٌ مُقِرٌّ مليءٌ لم يرجع، وهو كذلك ولو كان الضمان بلا إذن كما رجّحه ابن المقري؛ لإمكان الوصول إلى الثمن من الضامن، فلم يحصل التعذّر بالإفلاس. فلو كان جاحدًا ولا بيّنة أو معسرًا رجع لتعذّر الثمن بالإفلاس. وكذا لا يرجع لو كان به رهنٌ يفي به ولو مستعارًا لما مرَّ، فإن لم يَفِ به فله الرجوع فيما يقابل ما بقي له.

(ولو قال الغرماء) أي غرماء المفلس، أو قال وارثه لمن له حَقُّ الفسخ: («لا تفسخ ونُقَدِّمُكَ بالثمن» فله الفسخ)؛ لمّا في التقديم من المِنَّةِ وخوف ظهور غريم آخر، وقيل: ليس له الفسخ.

تنبيه: وقع في «الروضة» آخر الباب أنه لو قال الغرماء للقصّار: «خذْ أجرتَكَ وَدَعْنَا نكن شركاء صاحب الثوب» أُجبر على الأصح؛ كالبائع إذا قَدَّمَهُ الغرماء بالثمن. واختلف الناس في هذا التنبيه، فقال بعضهم: «وهمٌ وقع في نسخة سقيمة من الشرح، وهو في غيرها على الصواب؛ والأَوْلَى أن يقال: إنه تفريع على الوجه القائل بعدم الفسخ.

وَكَوْنُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ، . . . . .

ومحلُّ الخلاف إذا قَدَّموه من مال المفلس، فإن قدموه من مال أنفسهم فله الفسخ قطعًا. ولو مات المشتري مفلسًا وقال الوارث: «لَا تَفْسَخْ وأُقَدِّمُكَ من التركة» فكالغرماء، أو «من مالي» فوجهان، والأقرب إجابته كما جزم به ابن المقري؛ لأن التركة مال المُوَرِّثِ فأشبه فَكَّ المرهون، ولأن الوارث خليفةُ المورث فله تخليص المبيع. ولو تبرّع بالثمن أحد الغرماء أو كُلُّهُمْ أو أجنبي كان له الفسخ لما في ذلك من المِنَّةِ وإسقاط حقّه، فإن أجاب المتبرع ثم ظهر غريمٌ آخر لم يزاحمه فيما أخذه؛ لأنه في وجه لا يدخل في ملك المفلس، وفي وجه يدخل فيه لكن ضمنًا، وحقوق الغرماء إنما تتعلق بما دخل ملكه أصالةً، أما لو أجاب غير المتبرع فللذي ظهر أن يزاحمه. ثم إن كانت العينُ باقيةً لم يرجع فيما يقابل ما زُوحم به في أحد احتمالين يظهر ترجيحه؛ لأنه مُقَصِّرٌ حيث أخّر حق الرجوع مع احتمال ظهور غريمٍ يزاحمه.

(و) منها: (كون المبيع) أو نحوه (باقيًا في ملك المشتري)؛ للخبر السابق، (فلو فات) ملكه عنه حسًّا كالموت، أو حكمًا؛ كالعتق والوقف والبيع والهبة، (أو كاتب العبد) أو الأَمَةَ كتابةً صحيحةً (فلا رجوع)؛ لخروجه عن ملكه في الفوات، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه. وليس للبائع فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع؛ لأن حَقَّ الشفعة كان ثابتًا حين تصرّف المشتري؛ لأنه يثبت بنفس البيع، وحقّ الرجوع لم يكن ثابتًا حين تصرّف؛ لأنه إنّما يثبت بالإفلاس والحجر.

تنبيه: قد يُفهم كلامه أنه لو زال ملكه ثم عاد لا رجوع، وهو الأصح في «زيادة الروضة»؛ كما هو المصحَّح في الهبة للولد وإنْ صحّح في «الشرح الصغير» الرجوع، وأشعر برجحانه كلام «الكبير»، وقال الإسنوي: «إنه الأصح»، وعلى هذا لو عاد الملك بعوضٍ ولم يوفَّ الثمن إلى بائعه الثاني فهل الأول أَوْلَى لِسَبْقِ حقّه، أو الثاني لقرب حقّه، أو يشتركان ويضارب كُلٌّ بنصف الثمن إن تساوى الثمنان؟ فيه أوجه في «الشرحين» و«الروضة» بلا ترجيح، رجح منها ابن الرفعة الثاني، وبه قطع الماوردي وابن كج وغيرهما.

. . . .

والاستيلاد كالكتابة كما في «الروضة» وأصلها، ووقع في «فتاوى المصنِّف» أنه يرجع؛ ولعله غلطٌ من ناقله عنه، فإنه قال في «التصحيح»: «إنه لا خلاف في عدم الرجوع في الاستيلاد».

ومنها: أن لا يتعلق بالمبيع حَقٌّ لازم؛ كرهن وجناية توجب مالًا معلَّقًا بالرقبة، فلو زال التعلّق جاز الرجوع، وكذا لو عجز المكاتب. فلو قال البائع للمرتهن: «أنا أدفع إليك حَقَّكَ وآخذ عين مالي» فهل يجبر المرتهن أو لا؟ وجهان، قال الأذرعي: «ويجب طردهما في المجني عليه، وقياس المذهب ترجيح المنع».

ولو أقرضه المشتري لغيره وأقبضه إيّاه ثم حجر عليه، أو باعه وحجر عليه في زمن الخيار قال الماوردي: «فللبائع الرجوع فيه كالمشتري»، قال البلقيني: «ويتخرّج عليه ما لو وهب المشتري المتاع لولده وأقبضه له ثم أفلس فللبائع الرجوعُ فيه كالواهب له»، قال: «ويلزم على ما قاله الماوردي أنه لو باع المشتري لآخر ثم أفلسا وحجر عليهما كان للبائع الأول الرجوع ولا بُعْدَ في التزامه». انتهى، هذا والمعتمد ـ كما قاله شيخي ـ أنه لا رجوع في القرض ولا في الهبة لولده؛ لأنه زال عن ملكه فهو داخلٌ في كلام الأصحاب.

وأما البيع بشرط الخيار، فإن كان للمشتري فكذلك لما ذكر، وإلَّا فله الرجوع لعدم خروجه عن ملكه. وكذا لا رجوع لو كان العوض صيدًا فأحرم البائع؛ لأنه ليس أهلًا لِتَمَلُّكِهِ حينئذ، وعبارة المصنف في «التصحيح»: «لم يرجع ما دام مُحْرِمًا»، وهو يقتضي أن له الرجوع إذا حَلَّ من إحرامه، وقال البلقيني: «إنه قياس الفقه». قال الأذرعي: «ولو كان المبيع كافرًا فأسلم بيد المشتري والبائع كافرٌ رجع على الأصح، وبه جزم المحاملي وغيره كما في الردّ بالعيب؛ لما في المنع منه من الضرر بخلاف المشتري». انتهى. فإن قيل: هَلَّا كان الحكم في الصيد كذلك؟ أجيب: بقرب زوال المانع في تلك بخلاف هذه، وبأن العبد المسلم يدخل في ملك الكافر ولا يزول بنفسه قطعًا، بخلاف الصيد مع المُحْرِمِ، فلا فائدة في الرجوع.

وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ.

وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا أَوْ ضَارَبَ ....

(**ولا يمنع**) الرجوعُ (**التزويجَ**)، ولا التدبير، ولا تعليق العتق، ولا الإجارة بناءً على جواز بيع المؤجّر وهو الأصح، فيأخذه مسلوب المنفعة إن شاء، ولا يرجع بأجرة المثل لما بقي من المُدَّةِ كما يفهمه كلام ابن الرفعة، وإن شاء ضارب.

تنبيه: قد عُلم مما تقرّر أن شروط الرجوع تسعة:

الأوّل: كونه في المعاوضة المحضة كالبيع.

الثاني: أن يرجع عقب العِلم بالحجر.

الثالث: أن يكون رجوعه بقوله: «فسختُ البيع» ونحوه مما مرَّ.

الرابع: أن يكون عوضه غير مقبوض، فإن كان قبض شيئًا منه ثبت الرجوع فيما يقابل الباقي.

الخامس: أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس.

السادس: كون العوض دينًا، فإن كان عينًا قُدِّمَ بها على الغرماء.

السابع: حلول الدين.

الثامن: كونه باقيًا في ملك المفلس.

التاسع: أن لا يتعلَّق به حق لازم؛ كرهن.

ولو كان المبيع شقصًا مشفوعًا ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس مشتري الشِّقص وحجر عليه أَخَذَهُ الشفيعُ لا البائعُ لسبق حقّه، وثمنُه للغرماء كُلِّهِمْ يقسم بينهم بنسبة ديونهم.

[حكم رجوع البائع بالمبيع المتعيِّب عند الحجر على المشتري بالفلس]

(**ولو تعيّب**) المبيع؛ بأن حصل فيه نقص لا يُفرد بعقد (**بآفةٍ**) سماويةٍ، سواء أكان النقصُ حِسِّيًا كسقوط يدٍ، أم لا؛ كنسيان حرفةٍ (**أخذه**) البائع (**ناقصًا أو ضارب**) الغرماء

بِالثَّمَنِ، أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوِ الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ. وَجِنَايَةُ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الأَصَحِّ. وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ، فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ، . . . .

(بالثمن)؛ كما لو تعيَّبَ المبيعُ قبل قبضه فإنّ للمشتري أخذه ناقصًا أو تركه، وكالأب إذا رجع في الموهوب لولده وقد نقص، وهذا مستثنى من قاعدة: «ما ضُمِنَ كُلُّهُ ضُمِنَ بَعْضُهُ»، ومن ذلك الشاة المعجَّلة في الزكاة إذا وجدها تالفةً يضمنها، أو ناقصة يأخذها بلا أرشٍ، وعلّلوه: بأنه نقصٌ حدث في ملكه فلا يضمنه كالمفلس. وقد يُضمن البعض ولا يضمن الكُلُّ، وذلك فيما إذا جنى على مكاتَبِهِ، فإنه إن قتله لم يضمنه وإن قطع عضوه ضمنه.

(أو بجناية أجنبيٍّ) تضمن جنايته (أو البائع) بعد القبض (فله أخذه، ويُضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) وإن كان للجناية أرشٌ مُقَدَّرٌ، فإذا كان قيمة الرقيق مثلًا مع قطع اليدين مائة وبدونه مائتين فيأخذه ويضارب بنصف الثمن. أما الأجنبيّ الذي لا تضمن جنايته ـ كالحربي ـ فجنايته كالآفة، وكذا البائع قبل القبض.

(وجناية المشتري) فيها طريقان: أصحهما: أنها كجناية البائع على المبيع قبل القبض، وفيها وجهان: أحدهما: أنها (كآفةٍ في الأصح)، والثاني: أنها كجناية الأجنبي. والطريقُ الثاني القطعُ بالثاني، فكان الأَوْلَى التعبير بـ«المذهب».

(ولو تلف) ما يفرد بعقد؛ كأن تلف (أحد العبدين) أو الثوبين (ثم أفلس) وحجر عليه ولم يقبض البائع شيئًا من الثمن (أخذ الباقي وضارب بحصَّة التَّالف)؛ لأنه ثبت له الرجوع في كُلٍّ منهما؛ بل لو كانا باقيين وأراد الرجوع في أحدهما مُكِّنَ من ذلك كما مَرَّتِ الإشارة إليه.

تنبيه: قوله: «ثم أفلس» غير قيدٍ، فلو تلف أحدهما بعد فلسه كان الحكم كذلك.

(فلو كان قبض بعض الثمن رجع في الجديد) على ما يأتي بيانه؛ لأن الإفلاس سبب يعود به كُلُّ العين، فجاز أن يعود به بعضُها؛ كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها

فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِي بِبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ: يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ، وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ.

جميع الصداق إلى الزوج تارةً وبعضُه أخرى. (فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقي بباقي الثمن)، ويكون ما قبضه في مقابلة التَّالف؛ كما لو رهن عبدين بمائةٍ وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين كان الباقي مرهونًا بما بقي من الدين. (وفي قول) مُخَرَّج (يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ويضارب بنصفه) وهو رُبُعُ الثمن، ويكون المقبوض في مقابلة نصف التالف ونصف الباقي، وصحّح في «الروضة» طريقة القطع بالأول. والقديم: لا يرجع به؛ بل يضارب بباقي الثمن؛ لأنه قد ورد في الحديث: «فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ»[1] رواه الدارقطني، وأجيب: بأنه مرسلٌ.

تنبيه: كان ينبغي أن يقول «ولو» بالواو وحذف «كان»؛ لئلّا يفهم التصوير بالتلف وهو لا يختص به، فإنه لو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيع شيءٌ جرى القولان، فعلى الجديد: يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصفه رجع في النصف؛ قاله المتولّي، وعلى القديم: يضارب.

---

(١) أخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع / ٢٨٨٠/ وقال: إسماعيل بن عيَّاش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهريّ مسندًا، وإنَّما هو مرسل.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب التفليس /١٢٣٦/ وقال: ذكر الرافعيُّ بعدُ: أنَّه حديث مرسل، وهو كما قال، فقد أخرجه مالك وأبو داود من حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مرسلًا، ووصله أبو داود من طريقٍ أخرى وفيها إسماعيلُ بن عياش؛ إلا أنه رواه عن الزبيدي، وهو شامي؛ قال أبو داود: المرسل أصح. واختلف على إسماعيل، فأخرجه ابن الجارود من وجه آخر عنه عن موسى بن عقبة عن الزهري موصولًا.
وقال الشافعي: حديث أبي المعتمر أَوْلَى من هذا، وهذا منقطع. وقال البيهقي: لا يصح وصله. ووصله عبد الرزاق في «مصنفه» عن مالك، وذكر ابن حزم أن عراك بن مالك رواه أيضًا عن أبي هريرة، وفي «غرائب مالك» وفي «التمهيد» أن بعض أصحاب مالك وصله عنه.

وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهَا، وَالْمُنْفَصِلَةُ ـ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ ـ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الأَصْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ، وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ، وَتُصرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الأُمِّ، . . . .

[حكم رجوع البائع بزيادة المبيع عند الحجر على المشتري بالفلس]

(ولو زاد المبيع زيادة متصلةً؛ كَسِمَنٍ و) تعلُّم (صنعةٍ) وكبر شجرة (فاز البائع بها) من غير شيء يلزمه لها، فيرجع فيها مع الأصل. وكذا حكم الزيادة في جميع الأبواب إلَّا الصداق، فإن الزوج إذا فارق قبل الدخول لا يرجع بالنصف الزائد إلَّا برضا الزوجة كما سيأتي. ولو تغيّرت صفة المبيع ـ كأن زرع الحَبَّ فنبت ـ قال الإسنوي: «فالأصح على ما يقتضيه كلام الرافعي أنه يرجع».

(والمنفصلة؛ كالثمرة) المؤبَّرة (والولد) الحادثين بعد البيع (للمشتري)؛ لأنها تتبع الملك بدليل الرَّدِّ بالعيب، (ويرجع البائع في الأصل) دونها؛ لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فيتقصر عليه. (فإن كان الولد) أي ولد الأمة (صغيرًا) لم يُمَيِّزْ (وبذل) ـ بالمعجمة ـ (البائع قيمته أخذه مع أُمِّهِ)؛ لأن التفريق ممتنع ومال المفلس كله مبيع فأجيب البائع.

تنبيه: قال الإسنوي: «هل المراد بكونه يأخذ الولد أن يأخذه بالبيع، أو يستقلّ بأخذه، وهو الظاهر من إطلاق عبارتهم؟ فيه نظر». انتهى، والأول أوجه. قال بعض المتأخرين: «وهو نظير ما إذا أراد المعير التملّك»؛ أي للغراس والبناء في الأرض المعارة. وهل يشترط في صحة الرجوع في الأمّ رجوعه في الولد أيضًا حذرًا من التفريق أم يكفي اشتراطه والاتفاق عليه قبل ذلك؟ الأوجه الأوّل أيضًا، وعلى الثاني لو لم يفعل بعد الشرط والاتفاق هل يجبر عليه أو ينقض الرجوع أو يتبين بطلانه؟ الأوجه الثاني.

(وإلّا) أي وإن لم يبذلها (فيباعان) معًا (وتصرف إليه حِصَّةُ الأمّ) من الثمن وحصة الولد للغرماء؛ فرارًا من التفريق الممنوع منه، وفيه إيصال كُلٍّ منهما إلى حقّه. وكيفية التقسيط كما قاله الشيخ أبو حامد: أن تُقَوَّمَ الأمُّ ذات ولدٍ؛ لأنها تنقص به وقد استحق الرجوع فيها ناقصة، ثم يُقَوَّمُ الولد ويضمُّ قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر ويقسم عليهما.

وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ. فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ فَالأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ.

وقيل: يجوز التفريق للضرورة، (وقيل: لا رجوع) إذا لم يبذل القيمة؛ بل يضارب لِمَا فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع.

تنبيه: عبارة المصنف قَلِقَةٌ، ومعناها: أنه إذا لم يبذل البائع قيمة الولد الأصحُّ أنه تباع الأُمُّ والولد معًا، ويصرف ما يخصّ الولد إلى المفلس وما يخصّ الأمّ إلى البائع. والثاني: لا يصرف إليه حصة الأمّ؛ بل يبطل حقّه من الرجوع ويضارب بالثمن.

(فإن كانت) الدابة المبيعة (حاملًا عند الرجوع دون البيع أو عكسَه) ـ بالنصب ـ أي حاملًا عند البيع دون الرجوع؛ بأن انفصل الولد قبله (فالأصح) وفي «الروضة»: «فالأظهر» (تعدّي الرجوع إلى الولد)، وَجْهُ الأصح في الصورة الأولى: أن الحمل تابع في البيع فكذا في الرجوع، ووجه مقابله: أن البائع إنما يرجع فيما كان موجودًا حال البيع والحمل ليس كذلك، فيرجع في الأم فقط. قال الجويني: «قبل الوضع»، والصيدلاني وغيره: «بعد الوضع»، قال في الروضة: «الأول ظاهرُ كلام الأكثرين»، فإن قيل: الوجه الثاني هو الصحيح في نظائر المسألة من الرهن والرَّدِّ بالعيب ورجوع الوالد في الهبة، فَهَلَّا كان هناك كذلك؟ أجيب: بأن الرهن ضعيف بخلاف الفسخ لنقله الملك، والردّ بالعيب ورجوع الوالد في هبته بأن سبب الفسخ هنا نشأ من جهة المفلس فلم تُرَاعَ جهته بخلافه ثَمَّ. وأما الصورة الثانية فالخلاف فيها مفرّع على أن الحمل يُعلم، فكأنه باع عينين فيرجع فيهما، أو لا يُعلم فلا يرجع فيه، ولما كان الأصحُّ العلم كان الأصح الرجوع، ولو كانت حاملًا عندهما رجع فيها حاملًا قطعًا، ولو حدث بينهما وانفصل فقد مرّ أنه للمشتري، وبذلك يكون للمسألة أربعة أحوال. قال الأذرعي: «ولو وضعت أَحَدَ توأمين عند المشتري ثم رجع البائع قبل وضع الآخر هل يكون الحكم كما لو لم تضع شيئًا، أو يُعطي كلٌّ منهما حكمه، أو كيف الحال؟ وهل يفترق الحال بين أن يموت المولود أو لا مع بقاء حمل الجنين أو لا فرق؟». انتهى، والأوجه أن يقال: إن كانت حاملًا عند البيع فهما للبائع، وهذه الحالة داخلة في كلام الأصحاب، وإن حدث

وَاسْتِتَارُ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنَ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ، وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ.

وَلَوْ غَرَسَ الأَرْضَ أَوْ بَنَى: فَإِنِ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا فَعَلُوا . . . .

الحمل عند المشتري فلكلٍّ حكمه، قال شيخي: «وقد رجّح الشيخان مثل ذلك في الكتابة»، وقال بعض المتأخرين: «قياسُ الباب مع ما هو معلوم من توقّف الأحكام على تمام انفصال التوأمين ترجيح الأوّل من غير فرقٍ بين الحالين». وهل يقال بمثل ذلك في تأبير البعض، أو أن ما لم يُؤَبَّرْ تابع لما أُبِّرَ؟ ينبغي اعتماد الثاني، ويفرق بينهما: بشدة اتصال الحمل، وأيضًا صرّحوا بأن ما لم يؤبّر يتبع المؤبّر.

(واستتار الثمر بكِمَامِهِ) ـ بكسر الكاف ـ وهو أوعية الطلع. (وظهوره بالتأبير) ـ أي تشقّق الطلع ـ (قريب من استتار الجنين وانفصاله)، فإذا كانت الثمرة على النخل المبيع عند البيع غير مؤبّرة وعند الرجوع مؤبّرة فهي كالحمل عند البيع المنفصل قبل الرجوع، فيتعدَّى الرجوع إليها على الراجح. (و) هي (أَوْلَى بتعدّي الرجوع) إليها من الحمل؛ لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه، ولذلك قطع بعضهم بالرجوع فيها. ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي غير مؤبّرةٍ عند الرجوع رجع فيها على الراجح لما مرَّ في نظير ذلك من الحمل، قال الشارح: «وهذه المسألة لا تتناولها عبارة المصنف». انتهى، ودُفع بذلك الاعتراض عليه بأن هذه أَوْلَى بعدم تعدّي الرجوع. ولو كانت الثمرة غير مؤبّرة عند البيع والرجوع رجع فيها جزمًا. ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي عند الرجوع مؤبَّرة فهي للمشتري. ومتى رجع البائع في الأصل من الشجر أو الأرض وبقيت الثمرة أو الزرع فللمفلس والغرماء تركه إلى وقت الجداد بلا أجرة.

[حكم رجوع البائع بالأرض المبيعة التي غرسها المشتري أو بنى فيها عند الحجر عليه بالفلس]

(ولو غرس) أي المشتري (الأرض) المبيعة له، (أو بنى) فيها ثم أفلس وحُجر عليه قبل أداء الثمن، واختار البائع الرجوعَ في الأرض، (فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها) من الغراس والبناء (فعلوا)؛ لأن الحَقَّ لهم لا يعدوهم، وتجب تسوية الحفر

وَأَخْذَهَا، وَإِنِ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا؛ بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ.

وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع، وهل يُقَدَّمُ البائع به على سائر الغرماء؛ لأنه لتخليص ماله وإصلاحه، أو يضارب به كسائر الغرماء؟ وجهان: الأكثرون على الأول، وجزم به في «الكفاية»، وأنكر على الرافعي حكايةَ خِلافٍ فيه. (وأخذها) يعني البائع برجوعه؛ لأنها عين ماله لم يتعلق بها حقّ لغيره، وليس له أن يُلزمهم بأخذ قيمة الغراس والبناء ليتملّكهما مع الأرض؛ لأن المبيع قد سلم له. فإن قيل: لم رجع بأرش النقص مع أنه لا يرجع به فيما لو وجد المبيع ناقصًا؛ بل يرجع فيه من غير شيء؟ أجيب: بأن النقص هنا حصل بعد رجوعه.

(وإن امتنعوا) من القلع (لم يجبروا) عليه؛ لأن المشتري حين بنى وغرس لم يكن متعدِّيًا؛ بل وضعه بحقٍّ فيحترم؛ (بل له) أي البائع (أن) يضارب بالثمن، وله أن (يرجع) في الأرض (ويتملك الغراس والبناء بقيمته) أي له جميع الأمرين لما سيأتي. (وله) بدل تملك ما ذكر (أن يقلع ويضمن أرش النَّقْصِ)؛ لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفع بكلٍّ واحد من الأمرين فأجيب البائع لما طلب منهما، بخلاف ما لو أفلس بعد زرعه الأرض ورجع البائع فيها، فإنه لا يتمكن من تملّك الزرع بالقيمة؛ لأن له أَمَدًا ينتظر فسهل احتماله، بخلاف الغراس والبناء. وإن اختلفوا بأن طلب المفلسُ القلعَ والغرماءُ أخذَ القيمة من البائع ليتملَّكه أو بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء، فطلب بعضهم البيعَ وبعضُهم القيمةَ من البائع عمل بالمصلحة.

(والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس)؛ لما فيه من الضرر بنقص قيمتها، فإن الغراس بلا أرشٍ والبناء بلا مَقَرٍّ ولا مَمَرٍّ ناقص القيمة، والرجوع إنما شرع لدفع الضرر، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء، فعلى هذا يضارب الغرماء بالثمن، أو يعود إلى بذل[1] قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش

---

(١) في المخطوط: «بدل».

وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ، أَوْ بِأَجْوَدَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الأَظْهَرِ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ الثَّوْبَ ......

النقص، قال الإسنوي: وكتب المصنِّف على حاشية «الروضة»: قوله: «يعود» إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مُكِّنَ. والثاني: له ذلك؛ كما لو صبغ الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن، فإنه يرجع فيه دون الصبغ، ويكون المفلس شريكًا معه بالصبغ. وفرّق الأول: بأن الصبغ كالصفة التابعة للثوب.

[حكم رجوع البائع بالحنطة المبيعة التي خلطها المشتري
بمثلها أو دونها أو أجود منها عند الحجر عليه بالفلس]

(**ولو كان المبيع**) له مثليًا؛ كأن كان (**حنطةً فخلطها بمثلها أو دونها فله**) أي للبائع بعد الفسخ (**أخذ قدر المبيع من المخلوط**)، أما في الخلط بالمثل فظاهر، وأما في الدُّونِ فيكون مُسَامِحًا كنقض العيب، ولو طلب البيع وقسمةَ الثمن لم يُجَبْ إليه في الأصح؛ كما لا يجبر الشريك على البيع. هذا إذا خلطه المشتري، فلو خلطه أجنبي ـ أي يضمن ـ ضارب البائع بنقص الخلط كما في العيب؛ قاله الزركشي. (**أو**) خلطها (**بأجود**) منها، (**فلا رجوع في المخلوط في الأظهر**)؛ بل يضارب بالثمن فقط؛ لأن الطريق الموصل إلى أخذه ـ وهو القسمة ـ متعذر هنا؛ لأنه لا سبيل إليها بإعطاء قدر حقّه منه؛ لأن فيه ضررًا بالمفلس، ولا بإعطاء ما يساوي حقَّه منه؛ لأنه رِبًا. والثاني: له الرجوع ويباعان ويوزّع الثمن على نسبة القيمة. وعلى الأول: لو قَلَّ الأجود بحيث لا يظهر به زيادة في الحِسِّ ويقع مثله بين الكيلين فالوجه القطع بالرجوع كما قاله الإمام وأقرّه الشيخان.

تنبيه: حكم سائر المثليات حكم الحنطة فيما مرَّ كما يُعلم مما قدّرته في كلامه.

ولو كان المختلط من غير جنس المبيع ـ كزيتٍ بشيرجٍ ـ فلا رجوع؛ لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل، فهو كالتالف.

[حكم رجوع البائع بالحنطة أو بالثوب المبيع
بعد طحن المشتري وقصره عند الحجر عليه بالفلس]

(**ولو طحنها**) أي الحنطة المبيعة له، (**أو قَصَرَ الثوب**) المبيع له ثم حجر عليه قبل

فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ، وَإِنْ زَادَتْ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ. وَلَوْ صَبَغَهُ بِصِبْغَةٍ: فَإِنْ زَادَتِ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصِّبْغِ ......

أداء الثمن، (فإن لم تزد القيمة) بما فعله؛ بأن ساوت أو نقصت (رجع) البائع في ذلك (ولا شيء للمفلس) فيه؛ لأنه مبيع موجود من غير زيادة، وإن نقصت فليس للبائع غيره، (وإن زادت) عليها (فالأظهر أنه) أي المبيع (يباع) ويصير المفلس شريكًا بالزيادة إلحاقًا لها بالعين؛ لأنها زيادة حصلت بفعل محترم مُتَقَوِّم فوجب أن لا يضيع عليه، بخلاف الغاصب. (وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد) بالعمل، مثاله: قيمة الثوب خمسةٌ وبلغ بالقصارة ستةً، فللمفلس سُدُسُ الثمن، وللبائع إمساكُ المبيع لنفسه وإعطاء المفلس حصة الزيادة كما صحّحه الشيخان. والثاني: لا شركة للمفلس في ذلك؛ لأنها أثرٌ كَسِمَنِ الدابة بالعلف، وكبر الشجرة بالسَّقي والتعهد، وفرّق الأول: بأن الطحن أو القصارة منسوب إليه بخلاف السِّمَنِ وكبر الشجرة، فإن العلف والسَّقي يوجدان كثيرًا ولا يحصل السِّمَنِ والكبر، فكأن الأثر فيه غير منسوب إلى فعله؛ بل محض صنع الله تعالىٰ، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تكبير الشجرة وتسمين الدابة، بخلاف القصارة والطحن.

تنبيه: كلامه قد يُفْهِمُ أن البائع لو أراد أخذه ودفع الزيادة للمفلس لا يُمَكَّنُ من ذلك، وليس مرادًا؛ بل له ذلك كما مرَّ، فلو حذف المصنف: «أنه يباع» وقال: «في الأظهر أن للمفلس بنسبة ما زاد» لأفهم ذلك.

وأشار المصنف بالطحن والقصر إلى ضابط صُوَرِ القولين، وهو صنع ما يجوز الاستئجار عليه ويظهر أثره فيه؛ كخبز الدقيق، وذبح الشاة، وشَيِّ اللحم، وضرب اللَّبِنِ من تراب الأرض، ورياضة الدابة، وتعليم الرقيق القرآن أو حرفة. وإنما اعتبر الظهور لأن حفظ الدابة وسياستها يستأجر عليه ولا تثبت به الشركة؛ لأنه لا يظهر بسببه أثرٌ على الدابة.

[حكم رجوع البائع بالثوب المبيع إذا صبغه المشتري عند الحجر عليه بالفلس]

(ولو صبغه) أي المشتري الثوبَ **(بصبغةٍ)** ثم حجر عليه، **(فإن زادت القيمة)** بسبب الصبغ **(قدر قيمة الصِّبغ)** ـ كأن تكون قيمة الثوب أبيض أربعة والصبغ درهمين، فصار

رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصِّبْغِ، أَوْ أَقَلَّ فَالنَّقْصُ عَلَى الصِّبْغِ، أَوْ أَكْثَرَ فَالأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ. وَلَوِ اشْتَرَى مِنْهُ الصِّبْغَ ....

بعد الصبغ يساوي ستةً ـ (رجع) البائع في الثوب (والمفلس شريك بالصبغ)؛ لأن المبيع هو الثوب خاصَّةً، فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثًا. وفي كيفية الشركة وجهان بلا ترجيح في كلام الشيخين، أصحّهما ـ كما صحّحه ابن المقري، وقال السبكي: «نَصُّ الشافعي في نظير المسألة من الغصب يشهد له» ـ أن كُلَّ الثوب للبائع وكُلَّ الصبغ للمفلس؛ كما لو غرس الأرض. والثاني: يشتركان فيهما جميعًا لتعذر التمييز؛ كما في خلط الزيت. أما إذا زادت بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته، فلو زادت بارتفاع سوقهما وُزّعت عليهما بالنسبة، وهكذا في صورة القصارة والطحن، فلو حصلت الزيادة بسبب ارتفاع الأسواق لا بسببهما فلا شيء للمفلس معه، ولهذا قَدَّرْتُ في كلامه «بنسبة ما زادت من العمل». وللبائع إمساك الثوب وبذل ما للمفلس من قيمة الصبغ والقصارة وإن كان قابلًا للفصل؛ كما يبذل قيمة الغراس والبناء، ولا ينافي هذا قولهم: «إنه شريك»؛ لأن أموال المفلس تُبَاعُ إما للبائع أو لغيره.

(أو) زادت القيمة (أَقَلَّ) من قيمة الصبغ وسعرُ الثوب بحاله؛ كأن صارت خمسةً (فالنقص على الصبغ)؛ لأن أجزاءه تتفرّق وتنقص والثوبُ قائم بحاله، فيباع وللبائع معه أربعة أخماس الثمن وللمفلس خمسه. وإن لم يزد الثوب شيئًا فلا شيء للمفلس، وإن نقصت قيمة الثوب فلا شيء للبائع معه.

(أو) زادت (أكثر) من قيمة الصبغ ـ كأن صارت تساوي في مثالنا ثمانية ـ (فالأصح أن الزيادة) كُلَّهَا (للمفلس)؛ لأنها حصلت بفعله، فيباع الثوب وله نصف الثمن. والثاني: أنها للبائع كالسِّمَنِ، فيكون له ثلاثة أرباع الثمن وللمفلس ربعه، والثالث: أنها توزَّع عليهما، فيكون للبائع ثُلُثَا الثمن وللمفلس ثلثه.

(ولو اشترى منه الصبغ) وصبغ به ثوبًا له ثم حجر عليه فللبائع الرجوع إن زادت قيمة الثوب مصبوغًا على ما كانت عليه قبل الصبغ، فيكون شريكًا فيه، فإن نقصت حصته عن ثمن الصبغ فالأصح أنه إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بالجميع. أو اشترى الصبغ

وَالثَّوْبَ رَجَعَ فِيهِمَا إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصِّبْغِ . وَلَوِ اشْتَرَاهُمَا مِنَ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصِّبْغِ فَاقِدٌ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ اشْتَرَكَا، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا فَالأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ .

(والثوب) من واحد وصبغه به ثم حجر عليه (رجع) البائع (فيهما) أي في الثوب بصبغه؛ لأنهما عين ماله؛ (إلَّا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب) قبل الصبغ؛ بأن ساوتها أو نقصت عنها، (فيكون فاقدًا للصِّبغ) لاستهلاكه كما مرَّ، فيضارب بثمنه مع الرجوع في الثوب من جهته، بخلاف ما إذا زادت وهو الباقي بعد الاستثناء فهو محلّ الرجوع فيهما. فإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالمفلس شريك بالزائد عليها، وقيل: لا شيء له، وإن كانت أقلَّ لم يضارب بالباقي أَخْذًا مما تقدَّم في القصارة؛ بل إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثمنه.

(ولو اشتراهما) أي الثوب والصبغ (من اثنين) ـ الثوب من واحد، والصِّبغ من آخر ـ وصبغه به ثم حجر عليه وأراد البائعان الرجوع، (فإن لم تزد قيمته مصبوغًا على قيمة الثوب) قبل الصبغ؛ بأن ساوت أو نقصت (فصاحب الصِّبغ فاقد) له فيضارب بثمنه، وصاحب الثوب واجد له فيرجع فيه، ولا شيء له في صورة النقص أخذًا مما مرَّ في القصارة. (وإن زادت بقدر قيمة الصِّبغ اشتركا) في الرجوع في الثوب، وعبارة «المحرّر»: «فلهما الرجوع ويشتركان فيه»، وهي أَوْلَى من عبارة المصنف. وفي كيفية الشركة ما مرَّ. (وإن زادت) ولم تَفِ بقيمتهما فالصِّبغ ناقص، فإن شاء بائعه قنع به، وإن شاء ضارب بثمنه. أو زادت (على قيمتهما) أي الثوب والصبغ جميعًا (فالأصح أن المفلس شريكٌ لهما) أي البائعين (بالزيادة) على قيمتهما، فإذا كانت قيمة الثوب أربعةً مثلًا والصِّبغ درهمين، وصارت قيمته مصبوغًا ثمانية، فالمفلس شريك لهما بالربع. والثاني: لا شيء له، والزيادة لهما بنسبة مالهما.

تنبيه: للمفلس والغرماء قلع الصِّبغ إن اتفقوا عليه ويَغرمون نقص الثوب؛ كالبناء والغراس، ولصاحب الصِّبغ الذي اشتراه المفلس من غير صاحب الثوب قلعه ويغرم

. . . .

نقص الثوب، ولمالك الثَّوب قلعه مع غرم نقص الصِّبغ؛ قاله المتولّي. ومحلُّ ذلك إذا أمكن قلعه بقول أهل الخبرة، وإلَّا فيمنعون منه؛ نقله الزركشي عن ابن كج في الأُولى، وفي معناه الأخيرتان.

خاتمة: أفتى ابن الصلاح وغيره في رجل ثبت إعسارهُ ثم كُتِبَ عليه مسطورٌ بدين وأُشهد عليه أنه مَليءٌ به: أنه يثبت بذلك يساره؛ لتمكنه من صرف ما استدانه، وإقراره بالملاءة به يسري إلى كُلِّ دين.

ولو أخفى شخص بعضَ ماله فنقص الموجود عن دينه فحجر عليه ورجع البائع في عين ماله، وتصرّف القاضي في باقي ماله ببيعه وقسم ثمنه بين غرمائه، ثم بان أنه لا يجوز الحجر عليه لم يُنْقَضْ تصرّفه؛ إذْ للقاضي بيع مال الممتنع من قضاء دينه وصرفه في دينه، ورجوع البائع في العين المبيعة لامتناع المشتري من أداء الثمن مختلفٌ فيه وقد حكم به القاضي معتقدًا جوازه، بخلاف ما إذا لم يعتقد ذلك فَيُنْقَضُ تصرّفه.

❊ ❊ ❊

٣ـ باب الحَجْرِ

مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَالْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ، . . . .

باب الحَجْرِ

[تعريف الحجر ودليل مشروعيّته]

هو لغةً: المنع. وشرعًا: المنع من التَّصَرُّفَاتِ[١] المالية.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] الآية، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، وقد فسّر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمُبَذِّرِ، والضعيفَ بالصَّبِيِّ وبالكبير المُخْتَلِّ[٢]، والذي لا يستطيع أن يُمِلَّ[٣] بالمغلوب على عقله، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدلّ على ثبوت الحجر عليهم.

[أنواع الحجر]

[النوع الأوّل: الحجر الذي شرع لمصلحة الغير]

والحجر نوعان: نوع شرع لمصلحة الغير، و (منه حجر المفلس[٤]) أي الحجر عليه في ماله كما سبق بيانه (لِحَقِّ الغرماء، والرَّاهِنِ للمرتهن) في العين المرهونة، (والمريض للورثة) فيما زاد على الثلث حيث لا دين، قال الزركشي تبعًا للأذرعي: «وفي الجميع إن كان عليه دين مستغرق»، والذي في «الشرح» و«الروضة» في الوصايا

---

(١) أي كُلّها أو بعضها كالمفلس.

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «والكبير بالمختلِّ».

(٣) الإملال بمعنى الإلقاء على الكاتب ما يكتبه.

(٤) هو لغة: من صار ماله فلوسًا، ثم كُني به عن قلّة المال وعدمه، والمفلس في الآخرة من تُعطى حسناته لخصمائه كما في الحديث، وقيل الغرماء معلّقون بحسنات المفلس ما عدا الإيمان كما يترك له في الدنيا دست ثوب، ويردُّ: بأن هذا توقيفي فلا مدخل للقياس فيه، وقيل: ما عدا الصوم؛ لخبر «الصومُ لي»، ويردُّه خبر مسلم أنهم يتعلقون حتى بالصوم.

وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ.

وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُبَذِّرِ. فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ، وَاعْتِبَارُ الأَقْوَالِ، ....

عند ذكر ما يعتبر من الثلث: أن المريض لو وفى دين بعض الغرماء فلا يزاحمه غيره إن وفى المالُ جميع الديون، وكذا إن لم يوف على المشهور، وقيل: لهم مزاحمته؛ كما لو أوصى بتقديم بعض الغرماء بدينه لا تنفذ وصيته، فكلام الزركشي إنما يأتي على هذا.

(والعبدِ لسيّده) والمكاتَبِ لسيّده ولله تعالىٰ، (والمُرْتَدِّ للمسلمين) أي لِحَقِّهِمْ، (ولها أبوابٌ) تَقَدَّمَ بعضها، وبعضُها يأتي.

وأشار المصنف بقوله: «منه» إلى أن هذا النوع لا ينحصر فيما ذكره، وهو كذلك، فقد ذكر الإسنوي أنواع الحجر لِحَقِّ الغرماء ثلاثين نوعًا غير ما ذكره المصنف، فليراجع ذلك من «المُهِمَّاتِ».

[النوع الثاني: الحجر الذي شرع لمصلحة المحجور عليه نفسه]

ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه، وهو ما ذكره بقوله: (ومقصود الباب حجر المجنون والصَّبِيِّ والمبذِّر) ـ بالمعجمة ـ وسيأتي تفسيره. وحجر كُلٍّ من هذه الثلاثة أعمّ مما بعده. وزاد الماوردي نوعًا ثالثًا، وهو ما شُرع للأمرين ـ يعني مصلحة نفسه وغيره ـ وهو المكاتب ومن له أدنى تمييز فكالصبي المُمَيِّزِ في الحجر عليه في التصرفات المالية، وإن نظر في ذلك السبكي.

[ما ينسلب بالجنون والصِّبا]

(فبالجنون تنسلب الولايات) الثابتة بالشرع؛ كولاية النكاح، أو بالتفويض؛ كالإيصاء والقضاء؛ لأنه إذا لم يَلِ أمر نفسه فأمر غيره أَوْلَى. فإن قيل: لِمَ عبّر بالإنسلاب دون الامتناع، هل لذلك من فائدة؟ أجيب: بنعم، وذلك لأن الامتناع لا يفيد السَّلب، بخلاف عكسه؛ بدليل أن الإحرام مانعٌ من ولاية النكاح ولا يسلب، ولهذا يُزَوِّجُ الحاكم دون الأبعد. (واعتبار الأقوال) له وعليه في الدِّينِ والدُّنيا ـ

وَيَرْتَفِعُ بِالإِفَاقَةِ.

وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا، ....

كالإسلام والمعاملات ـ لعدم قصده. وسكت المصنف عن الأفعال، فمنها ما هو معتبر ـ كإحباله، وإتلافه مال غيره، وتقرير المهر بوطئه، وتَرَتُّبِ الحكم على إرضاعه والتقاطه واحتطابه واصطياده، وعمده عمدٌ على الصحيح؛ أي حيث كان له نوع تمييز ـ ومنها ما هو غير معتبر؛ كالصدقة والهدية، ولو أحرم شخص ثم جُنَّ فقتل صيدًا لم يلزمه جزاؤه كما مرَّ في بابه.

والصبيُّ كالمجنون في الأقوال والأفعال إلَّا أن الصبي المُمَيِّزَ يعتبر قوله في إذن الدخول وإيصال الهدية، ويصح إحرامه بإذن وليّه كما مرَّ في بابه، وتصحّ عبادته، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ؛ قاله في «زيادة الروضة» في باب الغصب، وأما إسلام سيّدنا عليّ رضي الله تعالىٰ عنه[1] فكان الحكم إذ ذاك منوطًا بالتمييز.

وألحق القاضي بالمجنون النائمَ والأخرسَ الذي لا يفهم، قال الأذرعي: «وفيه نظر؛ إذْ لا يتخيل أحدٌ أن النائم يتصرف عليه وليّه، وأما الأخرس المذكور فإنه لا يعقل، وإن احتيج إلى إقامة أحد مقامه فينبغي أن يكون هو الحاكم». انتهى، وهو كما قال، وإنما ألحقه به في عدم صحَّة تصرّفه، فلا وليّ له مطلقًا وإن قال بعض المتأخرين: «لعلّ كلام القاضي محمولٌ على نائمٍ أحوج طولُ نومه إلى النظر في أمره، وكان الإيقاظ يضرّه مثلًا».

[ما يرتفع به الحجر عن المجنون والصَّبِيِّ]

(ويرتفع) حجر المجنون (بالإفاقة) من الجنون من غير احتياج إلى فَكٍّ، وقضيته عود الولايات واعتبار الأقوال، نعم لا تعود ولاية القضاء ونحوه إلَّا بولاية جديدة. (وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيدًا)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] الآية، و«الابتلاء»: الاختبار والامتحان، و«الرُّشْدُ»: ضدُّ الغَيِّ كما مرَّ في خطبة الكتاب، وفي

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب اللقيط / ١٣٤٠/.

وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . . . .

سنن أبي داود: «لَا يُتْمَ بَعْدَ الاحْتِلَامِ»(١). والمراد من إيناس الرُّشْدِ العِلْمُ به، وأصل الإيناس الإبصار، ومنه: ﴿ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩]؛ أي أبصر.

تنبيه: قوله: «رشيدًا» عبّر به جماعة، ومنهم من قال: «بالبلوغ»، قال الشيخان: «ليس هذا اختلافًا مُحَقَّقًا؛ بل من قال بالأول أراد الإطلاق الكُلِّيَّ، ومن قال بالثاني أراد حجر الصِّبَا، وهذا أَوْلَى لأن الصِّبَا سبب مُسْتَقِلٌّ بالحجر وكذا التبذير، وأحكامهما متغايرة، ومن بلغ مبذرًا فحكم تصرّفه حكم تصرّف السفيه لا حكم تصرّف الصَّبِيِّ». انتهى. قال الإسنوي: «كلام الكتاب لا يستقيم إن قُرِيء بلفظ «الصِّبَا» بكسر الصاد، وإن قريء بفتحها استقام؛ لكنه بعيد عن كلامه». انتهى، قال ابن شهبة: «والمحفوظ قراءته بفتحها، ولا بُعْدَ فيه، فَلْيُتَأَمَّلْ». انتهى.

ولو بلغ وادَّعى الرشد وأنكره وليُّه لم ينفكَّ الحجر عنه، ولا يحلف الولي كالقاضي والقَيِّمِ بجامع أن كُلًّا أمينٌ ادُّعِيَ انعزاله، ولأن الرُّشد يوقف عليه بالاختبار فلا يثبت بقوله، قال الأذرعي: «ولأن الأصل يعضد قوله؛ بل الظاهر أيضًا؛ لأن الظاهر في قريب العهد بالبلوغ عدم الرشد، فالقول قوله في دوام الحجر إلَّا أن تقوم بينةٌ بالرشد».

[ما يحصل به البلوغ]

(والبلوغ) يحصل إما (باستكمال خمس عشرة سنة) قمريَّةً كما صرَّح به في «المحرَّر»، تحديديَّة كما قاله المصنف في الأصول والضوابط، وكما يؤخذ من كلامه

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم / ٢٨٧٣/ قال المنذريُّ رحمه الله تعالى: في إسناده يحيى بن محمَّد المدنيُّ الجاريُّ، قال البخاريُّ: يتكلمون فيه. وقال ابن حبَّان: يجب التنكُّب عمَّا انفرد به من الروايات، وذكر العقيليُّ هذا الحديث، وذكر أنَّ هذا الحديث لا يتابع عليه يحيى. هذا آخر كلامه. وهو منسوب إلى الجار ــ بالجيم والراء ـ بلدة على الساحل بقرب مدينة رسول الله ﷺ. وقد روي هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس بن مالك، وليس فيها شيء يثبت.
انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتمُ، (٨/ ٤٤).
وذكره النوويُّ في «رياض الصالحين»، كتاب الأمور المنهي عنها، باب النهي عن صمت يوم إلى الليل وقال: رواه أبو داود بإسناد حسن.

أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ، ....

الآتي؛ لخبر ابن عمر: «عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي، وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي، وَرَآنِي بَلَغْتُ»(١) رواه ابن حبّان، وأصله في الصحيحين. وابتداؤها من انفصال جميع الولد. والمراد بقول ابن عمر: «وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً»(٢)؛ أي طعنت فيها، وبقوله: «وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً»(٣)؛ أي استكملتها؛ لأن غزوة أُحُدٍ كانت في شوال سنة ثلاثٍ، والخندق كان في جمادى سنة خمسٍ.

فائدة: قال القموليُّ: «قال الشافعيُّ: رَدَّ النَّبِيُّ ﷺ سبعة عشر من الصحابة وهم أبناء أربعة عشر؛ لأنه لم يَرَهُمْ بلغوا، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمسة عشر فأجازهم، منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر»(٤).

(أو خروج المني) لوقت إمكانه من ذكر أو أنثى؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]، ولخبر: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»(٥).

---

(١) أخرجه ابن حبّان في «صحيحه»، كتاب السير، ذكر الخبر المدحض قول من زعم أن تمام خمس عشرة سنة للمرء لا يكون بلوغًا / ٤٧٠٨/ دون قوله في آخر الحديث: «ورآني بلغت».
قلت: وأخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصِّبيان وشهادتهم / ٢٥٢١/ عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ عرضه يوم أُحُدٍ، وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، ثمَّ عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني».
وأخرجه مسلم، كتاب الإمارة، باب بيان سنِّ البلوغ / ٤٨٣٧/ بمثل لفظ مولانا البخاريِّ رحمه الله تعالى.

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) انظر الحديث السابق.

(٤) قلت: ردُّ النَّبيِّ ﷺ لابن عمر رضي الله عنهما ثابت في الصَّحيحين، انظر الحديث السابق مع تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا / ٤٤٠١/ بلفظ الترجمة.
وأخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدُّ / ١٤٢٣/ بلفظ: «وعن الصَّبيِّ حتَّى يشبَّ». قال أبو عيسى: حديث عليٍّ حديثٌ حسن غريب من هذا الوجه.
وأخرجه النسائيُّ في «السنن الكبرى»، أبواب التعزيرات والشهود، المجنونة تصيب الحدَّ / ٧٣٤٣/ بلفظ: «وعن الصَّبيِّ حتَّى يحتلم».
وأخرجه ابن ماجه، أبواب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم / ٢٠٤١/ بلفظ: «وعلى=

وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ. وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ .

والحُلُمُ: الاحتلامُ، وهو لغةً: ما يراه النائم[١]، والمراد به هنا خروج المنيّ في نوم أو يقظة بجماع أو غيره، وقيل: لا يكون في النساء؛ لأنه نادر فيهنَّ.

تنبيه: تعبيره بـ«خروج» المنيّ أعمّ من تعبير أصله بـ«الاحتلام»؛ قاله في الدقائق. وأجيب عن أصله: بأنه تبع في ذلك لفظ الحديث، وبما مرَّ من أنه المراد.

وكلام المصنف يقتضي تحقّق خروج المنيّ، فلو أتت زوجة صبي يمكن بلوغه بولدٍ لأكثر من ستة أشهر لَحِقَهُ ولا يحكم ببلوغه به وهو المنصوص، ونقله الرافعي في باب اللعان عن الأصحاب؛ لأن الولدَ يلحق بالإمكان والبلوغَ لا يكون إلَّا بتحقُّقه، وعلى هذا لا يثبت إيلاده إذا وَطِىءَ أَمَةً وأتت بولد، وهو كذلك وإن صوّب البلقيني ثبوته والحكم ببلوغه، وحكى النجوري في المسألة قولين: أحدهما هذا، والثاني: يكون به بالغًا، وأجراهما في أنه هل يستقرُّ به كُلُّ المهر أو لا؟.

(ووقت إمكانه استكمال تسع سنين) قمرية بالاستقراء. وأفهم قوله: «استكمال» أنها تحديديَّة، وهو كذلك كما مرَّ وإن بحث بعض المتأخرين أنها تقريبيَّة كالحيض؛ لأن الحيض ضبط له أقل وأكثر، فالزمن الذي لا يسع أقل الحيض والطهر وجوده كالعدم بخلاف المنيّ. ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، وقيل: وقته في الذكر نصف العاشرة، وقيل: تمامها، وقيل: وقته في الأنثى أول التاسعة، وقيل: نصفها.

(ونبات) شعر (العانة) الخشن الذي يحتاج في إزالته لنحو حلق (يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر) ومن جهل إسلامه؛ لخبر عطية القرظي قال: «كُنْتُ فِي سَبْيِ بَنِي قُرَيْظَةَ فَكَانُوا يَنْظُرُوْنَ مَنْ أَنْبَتَ الشَّعْرَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ لَمْ يُقْتَلْ، فَكَشَفُوا عَانَتِي،

= الصغير حتَّى يكبر».

قلت: كلُّهم من حديث أمير المؤمنين عليِّ بن أبي طالب رضي الله عنه وكرَّم الله وجهه.

وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع / ٢٣٥٠/ من حديث أمِّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبيِّ ﷺ بلفظ الترجمة، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه. قال الذهبيُّ في «التلخيص»: على شرط مسلم.

(١) أي من إنزال المنيّ.

لَا الْمُسْلِمِ فِي الأَصَحِّ، ....

فَوَجَدُوْهَا لَمْ تَنْبُتْ، فَجَعَلُوْنِي فِي السَّبْيِ»[١] رواه ابن حبَّان والحاكم والترمذي وقال: «حسن صحيح». وقول المصنف يقتضي أن ذلك ليس بلوغًا حقيقةً؛ بل دليل له، وهو كذلك، ولهذا لو لم يحتلم وشهد عدلان أن عمره دون خمس عشرة سنة لم يحكم ببلوغه بالإنبات؛ قاله الماوردي، وقضيته أنه دليل البلوغ بالسِّنِّ، قال السبكي: «والذي يظهر أنه علامة على أحد الأمرين لا بعينه»، وقال الإسنوي: «يتجه أنه دليل للبلوغ بأحدهما». ووقت إمكان نبات العانة وقت الاحتلام ذكره الرافعي وأسقطه من «الروضة». ويجوز النظر إلى عانة مَنِ احْتَجْنَا إلى معرفة بلوغه على الأصح للحديث، وقيل: يُمَسّ من فوق حائل، وقيل: يدفع إليه شمع أو نحوه فيلصقه.

تنبيه: قوله: «نبات العانة» يقتضي أن العانة هي المنبت لا النابت، وفيه خلاف لأهل اللغة. وخرج بها شعر الإبط واللحية، فليس دليلًا للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة، ولأن إنباتهما لو دلّ على البلوغ لما كشفوا العانة في وقعة بني قريظة لما فيه من كشف العورة مع الاستغناء عنه، وفي معناهما الشَّارب وثقل الصوت ونُهُودُ الثدي ونتوء[٢] طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة ونحو ذلك.

وقوله: «ولد الكافر» يقتضي كونه علامة في الذكر والأنثى، وهو كذلك وإن نقل السبكي عن الجوزي أنه ليس علامة في حق النساء؛ لأنهن لا يُقتلن. والخُنثى لا بدّ أن ينبت على فرجيه معًا كما صرَّح به الماوردي والدارمي وغيرهما.

(لا المسلم في الأصح) فلا يكون علامة على بلوغه؛ لسهولة مراجعة آبائه وأقاربه من المسلمين بخلاف الكفار، ولأنه متهم فربما استعجل الإنبات بالمعالجة دفعًا

(١) أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب السِّير، باب ما جاء في النزول على الحكم / ١٥٨٤/ وقال: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه ابن حبَّان في «صحيحه»، كتاب السبي، ذكر السبب الذي به فرق بي السبي والمقاتلة / ٤٧٦٣/ . والحاكم في «المستدرك»، كتاب المغازي والسَّرايا / ٤٣٣٣/ ، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. قال الذهبيُّ في «التلخيص»: صحيح.

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «ونتف».

وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلًا.

للحجر وتشوُّفًا للولايات، بخلاف الكافر فإنه يُفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية. وهذا جرى على الأصل والغالب، وإلَّا فالأنثى والخنثى والطفل الذي تعذّرت مراجعة أقاربه المسلمين لموتٍ أو غيره حكمهم كذلك، فإن الخنثى والمرأة لا جزية عليهما مع أن الحكم فيهما ما ذكر. ومن تعذّرت مراجعة أقاربه المسلمين لا يحكم ببلوغه بما ذُكر مع فقدان العِلَّةِ، فقد جَرَوا في تعليلهم على الغالب.

(وتزيد المرأة حيضًا) لوقت إمكانه على ما ذكر من السِّنِّ وخروج المنيّ ونبات العانة الشامل لها كما مرَّ. (وحبلًا) كذا قاله جمعٌ من الأصحاب، وزيّفه الماوردي والروياني؛ لأنه يستدل بالإنزال؛ لأن الولد يخلق من الماءين، فإذا وضعت المرأة حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة، وهذا هو مرادهم بلا شَكٍّ، فإن كانت مطلّقة وأتت بولد يلحق بالزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق بلحظة.

تنبيه: سكت المصنف عن الخنثى المشكل، وحكمه أنه لو أَمْنَى بِذَكَرِهِ وحاض بفَرْجِهِ حكم ببلوغه في الأصح، فإن وجد أحدهما أو كلاهما من أحد فَرْجَيْهِ فلا يحكم ببلوغه عند الجمهور؛ لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه، وقال الإمام: «ينبغي الحكم ببلوغه بأحدهما كالحكم بالاتّضاح به، ثم يغيّر إن ظهر خلافه»، قال الرافعي: «وهو الحَقُّ»، وسكت عليه المصنف، والمعتمد الأول. وأما قول الإمام: كـ«الحكم بالاتضاح به» ففرّق ابن الرفعة بين الحكم بالبلوغ بذلك وبين الحكم بالذكورة والأنوثة: بأن احتمال ذكورته مساوٍ لاحتمال أنوثته، فإذا ظهرت صورة منيّ به أو حيض في وقت إمكانه غلب على الظنّ الذكورة أو الأنوثة، فتعيَّن العمل به مع أنه لا غاية بعده محققة تنتظر، ولا يحكم بالبلوغ؛ لأن الأصل الصِّبَا فلا نبطله بما يجوز أن يظهر بعده ما يقدح في ترتُّب الحكم عليه مع أن لنا غاية تنتظر، وهي استكمال خمس عشرة سنة. وأما قوله: «ثم يغير إن ظهر خلافه» فقال الأذرعي: «تغيير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي تبقى معها الحياة ظاهر؛ لكن إذا حكمنا ببلوغه رتّبنا عليه أثره من القتل بقَوَدٍ ورِدَّةٍ وغيرهما مع بقاء الشَّكِّ في البلوغ، وفيه بُعْدٌ». انتهى. وقال المتولّي: «إن

وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ، فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ، . . . .

وقع ذلك مَرّةً لم يحكم ببلوغه، وإن تكرّر حكمنا به»، قال المصنف: «وهو حسن غريب»، قال الإسنوي: «الاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمنِيّ عليها أو على الذكورة شرطه التكرار، والإمام والرافعي استندا في تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة أو الأنوثة، فعُلم أن صورة ذلك في التكرار أيضًا». انتهى، فعُلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولّي. فإن قيل: لا منافاة بين الحيض وخروج المنيّ من الذكر لما مرَّ أنه يجب الغسل بخروج المنيّ من غير طريقه المعتاد، أُجيب: بأن محلّ ذلك مع انسداد الأصل، وهو مُنْتَفٍ هنا.

[مطلبٌ في الرُّشد]

(والرشد[١] صلاح الدين والمال) جميعًا كما فسّر به ابن عباس وغيره قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم[٢] مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وفي وجه أنه صلاح المال فقط. فإن قيل: الرشدُ الواقعُ في الآية نكرة وهو في سياق الإثبات فلا يعمّ؛ لذلك مَالَ ابنُ عبد السلام إلى هذا الوجه، أجيب: بأن النكرة الواقعة في سياق الشرط تعمّ كما صرَّح به إمام الحرمين. وشملت عبارة المصنف الكافرَ، فيعتبر فيه ما هو صلاح عندهم في الدين والمال كما نقله في «زيادة الروضة» عن القاضي أبي الطيب وغيره وأقرّه.

ثم بيّن صلاح الدين بقوله: (فلا يفعل محرَّمًا يبطل العدالة[٣]) من كبيرةٍ أو إصرار على صغيرةٍ، ولم تغلب[٤] طاعاته على معاصيه.

واحترز بـ«المحرم» عمّا يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة ـ كالأكل في السوق ـ

---

(١) هو لغة: نقيض الضلال. واصطلاحًا: صلاح دين ومال كما ذكروه. وقد سئل الشهاب الرمليُّ: هل الأصل في الناس الرشد أو ضدُّه؟ فأجاب: بأنَّ الأصل فيمن عُلِمَ الحجر عليه بعد بلوغه استصحابه حتَّى يغلب على الظنِّ رشده بالاختيار، وأمَّا من جُهل حاله فعقوده صحيحة كمن علم رشده. انتهى، فيكون من جهل حاله الأصل فيه الرشد.

(٢) أي علمتُم.

(٣) أي يبطلها عند المسلمين في المسلم، وعند الكُفَّار في الكافر باعتبار اعتقادهم.

(٤) بأن يمضي عليه زمن وهو مواظب على فعل الواجبات وترك المنهيات؛ بحيث يغلب على الظن رشده.

وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ، وَالأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ.

فإنه لا يمنع الرشد؛ لأن الإخلال المختلف فيه بالمروءة ليس بحرام على المشهور، وحكى بعضهم في ذلك ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كان تحمل شهادة حرم عليه وإلَّا فلا. ولو شرب النبيذ المختلف فيه فعن «التجريد» و«الاستذكار» إن كان يعتقد حِلَّهُ لم يؤثر، أو تحريمه فوجهان، وينبغي أنه يؤثر.

وإصلاح المال بقوله: (ولا يُبَذِّرُ بأن يُضَيِّعَ المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة) ونحوها، وهو ما لا يحتمل غالبًا كما سيأتي في الوكالة، بخلاف اليسير؛ كبيع ما يساوي عشرة بتسعة، وهذا ـ كما قال شيخي ـ إذا كان جاهلًا بالمعاملة، أما إذا كان عالمًا وأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقةٌ خفيةٌ محمودةٌ. (أو رميه) أي المال وإن قَلَّ (في بحر) أو نار أو نحو ذلك. (أو إنفاقه في مُحَرَّمٍ) ولو صغيرة؛ لما فيه من قلّة الدين.

تنبيه: التبذير: الجهل بمواقع الحقوق، والسَّرَفُ: الجهل بمقادير الحقوق؛ قاله الماوردي في «آداب الدين والدنيا»، وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما. ولو عبَّر المصنف بـ«الإضاعة» أو «الغرامة» كان أَوْلَى من التعبير بـ«الإنفاق» لأنه يقال فيما أخرج في الطاعة، ويقال في المكروه والمحرم: «ضَيَّعَ» و«خَسِرَ» و«غَرِمَ» كما مرَّت الإشارة إلى ذلك في خطبة الكتاب.

(والأصح أن صرفه) أي المالِ وإن كَثُرَ (في الصدقة و) باقي (وجوه الخير)؛ كالعتق (والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذيرٍ)، أما في الأُولى فلأنَّ له في الصرف في الخير عوضًا وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير كما لا خير في السَّرَفِ. وحقيقة السَّرَفِ ما لا يكسب حمدًا في العاجل ولا أجرًا في الآجل، ومقابل الأصح فيها: يكون مبذرًا إن بلغ مفرطًا في الإنفاق، فإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصدًا فلا. وأما في الثانية فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذَّ، ومقابل الأصح فيها: يكون تبذيرًا عادة.

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، . . . .

تنبيه: قضية كون الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق به ليس بتبذيرٍ أنَّه ليس بحرام، وهو كذلك. فإن قيل: قال الشيخان في الكلام على الغارم: «وإذا كان غرمه في معصية كالخمر والإسراف في النفقة لم يُعْطَ قبل التوبة»، وجعله في «المهمات» تناقضًا، أجيب: بأنهما مسألتان، فالمذكور هنا في الإنفاق من خالص ماله فلا يحرم، والمذكور هناك في الاقتراض من الناس ويتبسط فيها وهو لا يرجو الوفاء من سبب ظاهر فهو حرام، وقد صرَّح في «الروضة» بأنه يحرم على الإنسان أن يقترض مال غيره وليس عنده ولا له ما يوفيه منه.

[ما يختبر به رشد الذكر والأنثى]

(ويختبر[١] رشد الصبيّ) في الدين والمال؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] أي اختبروهم، أما في الدِّين فبمشاهدة حاله في العبادات وتجنب المحظورات وتَوَقِّي الشبهات[٢] ومخالطة أهل الخير. وإنما عبّر بـ«الصَّبيِّ» وإن كانت الأنثى كذلك؛ لأنه يذكر المرأة بعد. (و) أما في المال فإنه (يختلف بـ) ـاختلاف (المراتب، فيختبر ولد التاجر[٣] بالبيع والشراء) على الخلاف الآتي فيهما، (والمماكسة فيهما)، وهو طلب النقصان عمّا طلبه البائع، وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري. وإذا اختبر في نوع من التجارة كفى، ولا يحتاج إلى الاختبار في جميعها كما ذكره الشيخ أبو حامد في «تعليقه». وولد السوقة كولد التاجر.

تنبيه: قضية كلامه صحة البيع والشراء من ولد التاجر، والأصح عدم الصحة كما سيأتي، فلو عبّر بـ«المماكسة في البيع والشراء» لكان أَوْلى وأخصر.

---

(١) أي وجوبًا.

(٢) ليس مراده أن ارتكاب الشبهات مخلٌّ بالرشد؛ إذ ارتكابها ليس محرمًا؛ بل المراد المبالغة في استكشاف حال الصبيِّ.

(٣) أي إن استمرَّ على صنعة أبيه.

وَوَلَدُ الزَّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقُوَّامِ بِهَا، وَالْمُحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ ....

(و) يختبر (ولد الزَّرَّاع بالزراعة والنفقة على القُوَّام بها[١]) أي إعطاؤهم الأجرة، وهم الذين استؤجروا على القيام بمصالح الزرع؛ كالحرث والحصد والحفظ. (و) يختبر (المحترف بما يتعلق بحرفته) أي حرفة أبيه وأقاربه كما قاله في «الكافي»، فيختبر ولد الخياط مثلًا بتقدير الأجرة، وولد الأمير ونحوه بأن يُعطى شيئًا من ماله لينفقه في مدّة شهر في خبز ولحم وماء ونحوه كما قاله في «الكفاية» تبعًا لجماعة، ثم نقل عن الماوردي أنه يدفع إليه نفقة يوم في مدّة شهر، ثم نفقة أسبوع ثم نفقة شهر، قال بعض المتأخرين: «وهذا إنما يأتي على رأي من يقول بصحته». انتهى، وقد يقال: المراد أنه يمتحن بذلك، فإن أراد العقد عقد الوليّ كما سيأتي.

تنبيه: «الحِرْفَةُ»: الصَّنْعَةُ؛ قاله الجوهري، سُمّيت بذلك لأنه ينحرف إليها.

ويُختبر من لا حرفة لأبيه بالنفقة على العيال؛ لأنه لا يخلو من له ولد عن ذلك غالبًا.

(و) تختبر (المرأة بما يتعلق بالغزل[٢] والقطن) من حفظ وغيره. و«الغَزْلُ» يطلق على المصدر[٣] وعلى المغزول، قال الإسنوي: «والظاهر أن المصنف إنما أراد المصدر، يعني أنها هل تجتهد فيه أو لا[٤]. وقال الأذرعي: قوله: «بما يتعلق بالغزل والقطن»؛ أي في بيتها إن كانت مخدَّرة، وإن كانت بَرْزَةً[٥] ففي بيع الغزل وشراء القطن. انتهى، والأَوْلَى حَمْلُ كلام المتن على ما هو أعمّ من ذلك كما قدّرته أوّلًا.

---

(١) قوله: «والنفقة على القوَّام بها» وذلك بأن يعاقدهم الولي على شيء معلوم؛ بأن يجعل لهم أجرة معلومة، ثم يدفع المال للصبي ويأمره بإعطائهم، وينظر هل ينقص أحدًا من أجرته أو لا كما في «ع ش»، ويعلم رشده في ذلك بأن يدفع أقل مما شرط لا أكثر.

(٢) أي من يليق بها ذلك؛ بخلاف بنات الملوك. والمختبِرُ لها الوليُّ أو غيره.

(٣) في نسخة البابي الحلبي: «الصدر».

(٤) في نسخة البابي الحلبي: «أولًا».

(٥) أي تخرج من البيت.

وَصَوْنِ الأَطْعِمَةِ عَنِ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا.

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ: بَعْدَهُ. فَعَلَى الأَوَّلِ: الأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ؛ ....

وهذا ـ كما قال السبكي ـ فيمن يليق بها الغزل والقطن، أما بنات الملوك ونحوهم فلا تختبر بذلك؛ بل بما يعمله أمثالها. (وصون الأطعمة عن الهرّة[1])، وهي[2] الأنثى، والذكر «هِرٌّ»، وتجمع الأنثى على «هِرَر»؛ كقِرْبَة وقِرَب، والذكر على «هِرَرَة»؛ كقِرْد وقِرَدَة. (ونحوها) كالفأرة والدجاجة؛ لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع، وذلك قوام الرشد. وقيل: إن المتبذِّلةَ كالرجل في الاختبار؛ قاله الصيمري.

والخنثى تُختبر بما يُختبر به الذكر والأنثى جميعًا؛ ليحصل العلم بالرشد كما قاله ابن المسلم.

(ويشترط تكرر الاختبار مرّتين أو أكثر) بحيث يغلب على الظنّ رُشْده، فلا يكفي مرة لأنه قد يصيب فيها اتفاقًا.

[وقت اختبار رشد الذكر والأنثى]

(ووقته) أي الاختبار (قبل البلوغ) لآية: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦]، واليتيمُ إنما يقع على غير البالغ. والمراد بالقَبْلِيَّة الزمنُ القريب للبلوغ بحيث يظهر رشده لِيُسَلَّمَ إليه المال كما أشار إليه الإمام عن الأصحاب. (وقيل: بعده) لِيَصِحَّ تصرّفه، ورُدَّ: بأنه يؤدّي إلى أن يحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر، وهو باطل. والمخاطب بالاختبار على الأول كل وليّ، وعلى الثاني وجهان: أحدهما كذلك، والثاني: الحاكم فقط، ونسب الجوري الأول إلى عامّة الأصحاب، والثاني إلى ابن سُريج. ويختبر المرأة النساء والمحارم كما نقله ابن كج عن نَصِّ «المختصر» و«البويطي».

(فعلى الأول: الأصحُّ) ـ بالرفع ـ (أنه لا يصحُّ عقده) لما مرَّ من بطلان تصرّفه؛

---

(١) خُلقت الهرة من عطسة الأسد؛ كما قاله الدميري في «حياة الحيوان الكبرى».

(٢) أي الهرة.

بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ.

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجْرُ، وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَّ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي، ....

(بل) يُسَلَّمُ إليه المال و (يُمتحن في المماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي)؛ لما تقرّر من بطلان تصرّفه. والثاني: يَصِحُّ عقده للحاجة. وعلى الوجهين لو تلف المال في يد المُمْتَحَنِ لم يضمنه الوليُّ؛ لأنه مأمور بالتسليم إليه. وينبغي أن يختبر السفيه أيضًا، فإذا ظهر رشده عقد لأنه مكلف.

[حكم استدامة الحجر على من بلغ غير رشيد]

(فلو بلغ غير رشيد) لاختلال صلاح الدين أو المال (دام الحجر) عليه؛ لمفهوم الآية السابقة، فَيَتَصَرَّفُ في ماله من كان يتصرف فيه قبل بلوغه. وقوله: «دام الحجر»؛ أي الجنس لا حجر الصِّبَا لانقطاعه بالبلوغ كما مرَّ، ويخلفه غيره.

[ما ينفك به حجر الصِّبا]

(وإن بلغ رشيدًا انفكّ) الحجر عنه (بنفس البلوغ) أو غير رشيدٍ ثُمَّ رشد فبنفس الرشد. (وأُعطي ماله) ولو امرأةً، فيصحُّ تصرّفها حينئذ ولا يحتاج إلى إذن الزوج، وأما ما رواه أبو داود «لَا تَتَصَرَّفُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»[1] فأشار الشافعي إلى ضعفه، وعلى تقدير صحّته فمحمول على الأَوْلَى. (وقيل: يشترط فَكُّ القاضي)؛ لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد، ورُدَّ: بأنه حَجْرٌ ثبت بغير حاكم فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم؛ كحجر الجنون. وإنما جمع المصنف بين الانفكاك وإعطاء المال ليحترز عن مذهب مالك في المرأة فإنه قال: «لا يُسَلَّمُ المال إلى المرأة حتى تتزوج، فإذا تزوجت يدفع إليها بإذن الزوج، ولا ينفذ تبرّعها بما زاد على الثلث ما لم تَصِرْ عجوزًا»، فقال له الشافعيُّ: «أرأيتَ لو تَصَدَّقَتْ بثلث مالها، ثم بثلث الثُّلثين، ثم بثلث الباقي هل يجوز

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب المرأة تصدَّق من بيت زوجها /١٦٨٨/ عن أبي هريرة رضي الله عنه: «في المرأة تصدَّق من بيت زوجها؟ قال: لا؛ إلَّا من قوتها، والأجر بينهما، ولا يحلُّ لها أن تصدَّق من مال زوجها إلَّا بإذنه».

فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجِرَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: يَعُودُ الْحَجْرُ بِلَا إِعَادَةٍ، . . . .

التصرّف الثاني والثالث إن جَوَّزْتَ سلطتها على جميع المال بالتبرع، وإن مَنَعْتَ منعت الحُرَّ البالغ العاقل من ماله، ولا وجهَ له».

[حكم الحجر على من بذّر بعد بلوغه رشيدًا]

(فلو بذر بعد ذلك) أي بعد بلوغه رشيدًا (حُجِرَ) أي حَجَرَ القاضي (عليه)[1]، لا غيره من أبٍ وجَدٍّ؛ لأنه في محلِّ الاجتهاد، وإنما حجر عليه لآية: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]؛ أي أموالهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥]، ولخبر: «خُذُوا عَلَى يَدِ سُفَهَائِكُمْ»[2] رواه الطبراني بإسناد صحيح. ونقل الروياني عن الشافعي أن القاضي إذا حجر عليه استحبَّ أن يردّ أمره إلى الأب والجَدِّ، فإن لم يكن فسائر العصبات؛ لأنهم أشفق. ويُسنُّ له أن يُشْهِدَ على حجر السَّفيه وإن رأى النداء عليه لِيُتَجَنَّبَ في المعاملة فعل. وعلى هذا لو عاد رشيدًا لم يرتفع الحجر إلَّا برفع القاضي له كما لا يثبت إلَّا به. (وقيل: يعود الحجر بلا إعادة)؛ كالجنون، وتَصَرُّفُهُ قبل الحجر عليه صحيح، والمشهور أن هذا هو السفيه المهمل، ويطلق أيضًا على من بلغ غير رشيد، وهذا لا يصحّ تصرّفه، فالخلاف في التسمية فقط.

ولا حجر بالغبن في تصرّفٍ دون تصرّف لتعذُّر اجتماع الحجر وعدمه في شخص واحد، ويؤيّد ذلك قوله ﷺ لمن قال له إنه يُخدع في بعض البيوع: «مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ»[3].

---

(١) أي وجوبًا، فإن لم يحجر عليه أثم، وإذا رشد بعد هذا الحجر لم ينفكّ إلَّا بفكّ القاضي للاحتياط للاجتهاد حينئذٍ؛ «س ل». أفهم كلامه أن هذا ما دام لم يحجر عليه يصحُّ تصرُّفه، وهو كذلك، وهذا هو مرادهم بقولهم: «السفيه المهمل ملحق بالرشيد»، فمتى أطلقوا السفيه المهمل اختصَّ بهذا.

(٢) لم أجده عند الطبراني رحمه الله تعالى في «معاجمه»؛ لكن ذكره السيوطيُّ في «الجامع الصغير» مع زيادة الفتح الكبير»، حرف الخاء / ٦٠٢٤/ ونسبه إلى الطبرانيِّ رحمه الله تعالى في «المعجم الكبير»، ورمز لضعفه.

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع / ٢٠١١/. ومسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع / ٣٨٦٠/.

وَلَوْ فَسَقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ.

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ. وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ، وَقِيلَ: الْقَاضِي.

ولا حجر بالشحّة على النفس مع اليسار لينفق بالمعروف؛ لأن الحَقَّ له، وقيل: يحجر عليه، قال الماوردي: «والقائل به لم يُرِدْ حقيقة الحجر، فإنه صرَّح بأنه لا يمنع من التصرّف ولكن ينفق عليه بالمعروف من ماله؛ إلَّا أن يخاف عليه إخفاء ماله لِشِدَّةِ شُحِّهِ فيمنع من التصرّف فيه؛ لأن هذا أشدُّ من التبذير».

[حكم الحجر على الفاسق الصالح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيدًا]

(ولو فسق) مع صلاح تصرّفه في ماله بعد بلوغه رشيدًا (لم يحجر عليه في الأصح)؛ لأن الأَوَّلِيْنَ لم يحجروا على الفسقة. والثاني: يحجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر، فرّق الأول بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا: بأن الأصل ثَمَّ بقاؤه، وهنا ثبت الإطلاق والأصل بقاؤه. وبينَه وبين الحجر بعود التبذير: بأن الفسق لا يتحقَّق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه بخلاف التبذير.

[مطلب في وليِّ من حُجر عليه لِسَفَهٍ أو جنون طرأ بعد بلوغه رشيدًا]

(و) على أنه لا بدَّ من حجر القاضي في عود التبذير (من حُجِرَ عليه لسفه) أي سوء تصرّف (طرأ فوليّه القاضي)؛ لأنه الذي يعيد الحجر عليه؛ إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر من له النظر العامُّ. (وقيل: وليّه في الصغر) كما لو بلغ سفيهًا. ومحل الخلاف ما إذا قلنا بعَوْدِ الحجر بنفسه وإلَّا لم ينظر إلَّا القاضي قطعًا؛ قاله الروياني. ولو شهد عدلان بِسَفَهِ رجل وَفَسَّرا قُبلت شهادتهما حسبةً.

(ولو طرأ جنونٌ فوليّه وليّه في الصغر) وهو الأب ثم الجَدُّ. (وقيل:) وليّه (القاضي). والفرق بين التَّصحيحين: أن السَّفَهَ مُجْتَهَدٌ فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون.

وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ وَهِبَةٌ وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ، . . . .

[حكم تصرُّفات المحجور عليه لسفه]

(ولا يصح من المحجور عليه لِسَفَهٍ بيع) ولو بغبطة (ولا شراء) ولو في الذِّمَّةِ؛ لمنافاة الحجر. (ولا إعتاق) في حال حياته لو بعوض كالكتابة لما مرَّ، أما بعد الموت ـ كالتدبير والوصية ـ فالمذهب الصحَّة. ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار صام كمُعْسِرٍ لئلّا يضيع ماله، وأما كفارة القتل فالصحيح في «المطلب» أن الوليّ يعتق عنه فيها؛ لأن سببها فِعْلٌ وهو لا يقبل الدفع، بخلاف كفارة اليمين والظهار، وقضية الفرق أنه يكفر في كفارة الجماع بالمال. قال السبكي: «وكُلُّ ما يلزمه في الحجّ من الكفارات المخيّرة لا يكفر عنه إلَّا بالصوم، وما كان مرتبًا يكفّر عنه بالمال؛ لأن سببه فعل»؛ أي مع ترتبه، وإلَّا فما قبله سببه فعلٌ أيضًا، وقضيته أنه يكفّر عنه في كفارة الجماع بالمال، وهو الأوجه كما قاله شيخنا.

(و) لا (هبة) منه، أما الهبة له فالأصح في «زوائد الروضة» صحَّتها؛ لأنه ليس بتفويت بل تحصيل. ولا يصح قبول الوصية كما اقتضاه كلام أصل «الروضة» وجزم به ابن المقري؛ لأنه تصرّف مالي، وجزم الماوردي والروياني والجرجاني بالصحة كقبول الهبة، والمعتمد الأول، والفرق بينهما كما قال شيخي: أن قبول الوصية تملُّك، بخلاف قبول الهبة، وأيضًا قبول الهبة يشترط فيه الفور ورُبَّمَا يكون الوليّ غائبًا فتفوت، بخلاف الوصية. قال الماوردي: «وإذا صحّحنا قبول ذلك لا يجوز تسليمُ الموهوب والمُوصَى به إليه، فإن سلّمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب؛ لأنه مَلَكَ الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب».

(و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليّه)؛ لأنه إتلافٌ للمال، أو مظنّة إتلافه. وقوله: «بغير إذن وليّه» قال الشارح: قَيْدٌ في الجميع، وقال غيره: «يعود إلى النكاح فقط فإنه الذي يصحّ بالإذن دون ما قبله كما سيأتي، وإنما قال الشارح ذلك لأجل الخلاف الآتي وإلَّا فكلام غيره أنسب». أما قبول النكاح بالوكالة فَيَصِحُّ كما قاله

فَلَوِ اشْتَرَى أَوِ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ الْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ. وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ . . . .

الرافعي في الوكالة. وأما الإيجاب فلا يصحّ مطلقًا لا أصالةً ولا وكالةً، أَذِنَ الوليُّ أم لا.

[حكم ضمان المحجور عليه لسفه ما اشتراه أو اقترضه من رشيدٍ]

(فلو اشترى أو اقترض) من رشيد (وقبض) بإذنه أو إقباضه (وتلف المأخوذ في يده) قبل المطالبة له بردّه، (أو أتلفه فلا ضمان في الحال ولا بعد فَكِّ الحجر، سواءٌ علم حاله من عامله أو جهل)؛ لأن من عامله سلّطه على إتلافه بإقباضه إيَّاه، وكان من حقّه أن يبحث عنه قبل معاملته. وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أنه لا يضمن ظاهرًا ولا باطنًا، وبه صرَّح الإمام والغزالي، والذي نَصَّ عليه في «الأُمِّ» في باب الإقرار أنه يضمن بعد انفكاك الحجر عنه، وهذا هو الظاهر. أما لو قبضه من غير رشيد، أو من رشيد بغير إذنه وإقباضه، أو تلف بعد المطالبة فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصُّورتين الأوليين في «الروضة» عن الأصحاب، وجزم به ابن المقري في الثالثة وفاقًا لتصريح الصيدلاني. ولا معنى لاقتصار المصنف على الشراء والقرض، فإنه لو نكح بلا إذنٍ ووَطِىءَ لم يلزمه شيء كما صرَّح به المصنف في باب النكاح. ولو بقيت العين في يده حتى صار رشيدًا وتمكَّن من ردّها ثم تلفت ولم يردّها ضمنها؛ كما لو استقلَّ بإتلافها؛ قاله الدارمي في «شرح المختصر»، قال في «المهمات»: «وهو ظاهر».

تنبيه: قوله: «سواء عَلِمَ حَالَهُ من عامله أو جهل»، قال ابن شهبة: لغة شَاذَّةٌ، والمعروف: «أَعَلِمَ حَالَهُ أم جهل» بزيادة الهمزة مع «عَلِمَ» وبـ«أَمْ» موضع «أو». ولا ينافي ذلك قول الشارح في غير هذا الموضع: «سُمِعَ: سواء عليّ قمت أو قعدت».

[حكم تصرفات المحجور عليه لسفه بإذن الوليِّ]

(ويصحّ بإذن الوليّ نكاحه) على ما سيأتي في باب النكاح، فإن المصنف أعاد هذه المسألة هناك بشروطها، وسنتكلم عليها هناك إن شاء الله تعالىٰ. (لا التصرّف المالي

فِي الأَصَحِّ.

في الأصح)؛ لأن عبارته مسلوبة كما لو أذن لصبي. والثاني: يصح كالنكاح، وقال الإمام في كتاب النكاح: «إنه المذهب»، وفرّق الأول: بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح. ومحلّ الوجهين إذا عيّن له الوليّ قدر الثمن وإلَّا لم يصحّ جزمًا، ومحلُّهما أيضًا فيما إذا كان بعوضٍ كالبيع، فإن كان خاليًا عنه ـ كعتق وهبة ـ لم يصح جزمًا.

واسْتُثني من إطلاقه مسائل:

منها: ما لو وجب عليه قصاصٌ فصالح بغير إذن وليّه على الدِّيَةِ أو أكثر فليس للوليّ منعه.

ومنها: عقد الجزية فإنه يصحّ منه مباشرته بدينار وإن لم يأذن له الوليّ، ولا يصح منه ولا من الوليّ بزيادةٍ عليه، وفرّق بينه وبين المصالحة على أكثر من الدِّيَةِ: بأن صيانة الروح عن القصاص قد لا تحصل إلَّا بزيادةٍ عليه بخلاف عقد الذِّمَّةِ، فإن الإمام يجب عليه العقد عند إعطاء الدينار. وعقد الهدنة كالجزية.

ومنها: ما لو وجب له قصاص فإن له العفو على مال، وكذا مَجَّانًا على المذهب كما ذكره المصنف قبيل كتاب الدِّيَاتِ.

ومنها: ما لو سمع قائلًا يقول: «من رَدَّ عليّ عبدي فله كذا» فردّه استحق الجُعل كما يأتي في الجعالة؛ لأن الصبي يستحقه فالبالغُ السَّفيه أَوْلَى.

ومنها: ما لو قبض دينه بإذن وليّه قال الرافعي: «اعتدَّ به في أرجح الوجهين عند الحناطي»[(١)].

ومنها: ما لو وقع في أَسْرٍ فَفَدَى نفسه بمال فإنه يصحّ كما يصحّ منه عقد الجزية.

ومنها: ما لو فتحنا بلدًا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدّون خراجها فإنه يصحّ كالجزية.

---

(١) في المخطوط: «الخطابي».

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الأَظْهَرِ، وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظِهَارُهُ . . . .

ومنها: ما لو أجّر نفسه بما له التبرّع به من منافعه ـ وهو ما ليس عمله مقصودًا في كسبه ـ فإنه يصح.

ومنها: ما لو انتهى الأمر في المطاعم إلى الضرورة، قال الإمام: «الوجه عندي القطع بتجويز تصرفاته».

[حكم إقرار المحجور عليه لِسَفَهٍ]

(ولا يصح إقراره) بالنكاح كما لا يصح إنشاؤه[١]، ولا (بدين) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده)؛ كالصبي، ولا يقبل إقراره بعينٍ في يده في حال الحجر، (وكذا بإتلاف المال) أو جناية توجب المال (في الأظهر) كدين المعاملة. والثاني: يقبل؛ لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن، فإذا أَقَرَّ به قُبِلَ، ورُدَّ: بأن الصبي يضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزمًا.

تنبيه: أفهم تعبيره بعدم الصحَّة أنه لا يطالب به في حال الحجر ولا بعد فكّه، ومحلُّه في الظاهر، وأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ فيجب عليه بعد فَكِّ الحجر أداؤه إذا كان صادقًا في إقراره كما نصَّ عليه في «الأُمِّ».

ولو أقرّ بعد رشده أنه كان أتلف مالًا لزمه الآن قطعًا كما نقله في «زيادة الروضة» في باب الإقرار عن ابن كج.

(ويصحّ) إقراره (بالحَدِّ والقصاص)؛ لعدم تعلّقهما بالمال ولبعد التهمة، ولو كان الحدّ سرقةً قطع ولا يلزمه المال، ولو عفا مستحِقُّ القصاص بعد إقراره على مال ثبت؛ لأنه تعلّق باختيار غيره لا بإقراره.

[حكم طلاق ورجعة وخلع ولعان وظهار وإيلاء المحجور عليه لسفهٍ]

(و) يصحّ (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته بمثل المهر وبدونه. (و) يصحّ (ظهاره)

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «نشؤه».

وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ.

وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ؛ لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ، ....

وإيلاؤه وإيلاده (ونفيه النسب) لِمَا وَلَدَتْهُ زوجته (بلعان)، ولِمَا ولدته أَمَتُهُ بحلف؛ لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلّق لها بالمال الذي حجر لأجله. وأما الخلع فلأنه إذا صحّ طلاقه مَجَّانًا فبعوضٍ أَوْلَى؛ إلَّا أن المالَ يُسَلَّمُ إلى وليّه، وهو خَاصٌّ بالرجل كما تقرّر للمعنى المذكور، وصرّح به المصنف في باب الخلع، وإن كان مطلاقًا ـ وسيأتي إن شاء الله تعالىٰ بيانه في النكاح ـ سُرِّيَ جارية إن احتاج إلى الوطء فإن كرهها أبدلت.

تنبيه: لو حذف قوله: «بلعان» لكان أخصر وأعمّ لشموله نفي ما يلحقه من أَمَتِهِ، فإن السَّيِّدَ لا يلاعن؛ بل يحلف على النفي كما مرَّ.

ويصحّ استلحاقه النسب، وينفق عليه من بيت المال، قال في «زيادة الروضة»: «ولو أقرّ باستيلاد أَمَتِهِ لم يقبل قوله. انتهى، نعم إن ثبت أن الموطوءة فراشٌ له وولدت لمُدَّةِ الإمكان ثبت الاستيلاد؛ قاله السبكي؛ لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره.

[حكم عبادة المحجور عليه لسفه]

(وحكمه في العبادة) الواجبة مطلقًا والمندوبة البدنية (كالرشيد)؛ لاجتماع الشرائط فيه، أما المندوبة المالية ـ كصدقة التَّطَوُّعِ ـ فليس هو فيها كالرشيد؛ (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه[(١)])؛ لأنه ولايةٌ وتصرّف مالي. نعم إن أذن له الوليّ وعيّن له المدفوع إليه صحَّ صرفه؛ كنظيره في الصبي المميز، وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه، ولا بُدَّ أن يكون ذلك بحضرة الوليّ أو من ينوب عنه كما بحثه الأذرعي؛ لأنه قد يُتْلِفُ المال إذا

---

(١) فإن كان الصبي مقلّدًا لمن يرى الزكاة في ماله أخرج عنه وليُّه زكاة ماله، فإن كان مقلّدًا لمن لا يرى وجوبها فيه امتنع على الوليّ إخراجها وإن كان مذهبه يرى ذلك. وأما إن لم يكن للمحجور مذهب فالأَوْلَى بالوليّ إذا رأى وجوب الزكاة أن يرفع الأمر لحاكم يراها ليأمره بها حتى لا يطالبه الولد بعد بلوغه. انتهى «ق ل».

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في الحجر، (٣/ ١٠٨).

وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرْضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ؛ قُلْتُ: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا: «لِدَمِ الإِحْصَارِ بَدَلٌ»؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ، . . . . .

خلا به أو يدّعي صرفه كاذبًا. وكالزكاة في ذلك الكفارة ونحوها.

ويصحّ نذره في الذِّمَّةِ بالمال لا بعين ماله، والمراد بصحّة نذره فيما ذكر ثبوته في الذمة إلى ما بعد الحجر.

(**وإذا أحرم**) حال الحجر (**بحجّ فرض**) أصلي أو قضاء أو منذور قبل الحجر، وكذا بعده إذا سلكنا به مسلك واجب الشرع، وهو الأصح (**أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه**) ولو بأجرة، أو يخرج الوليّ معه كما مرَّ في كتاب الحج خوفًا من تفريطه فيه. وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام، وأن العمرة كالحج فيما ذكر. ولو أفسد حجّه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضيّ فيه والقضاء، ويعطيه الوليّ نفقة القضاء كما هو مقتضى إطلاق المصنف. ومقتضى إطلاقهم ـ كما قال الإسنوي ـ أن الحج الذي استؤجر قبل الحجر على أدائه له حكم ما تقدَّم.

تنبيه: كان الأَوْلَى حذف اللام من «الثقة»؛ لأن أعطى يتعدّى إلى مفعولين بنفسه.

(**وإن أحرم**) حال الحجر (**بتطوّع**) من حج أو عمرة، أو بنذر بعد الحجر وسلكنا به مسلك جائز الشرع، وهو الرأي المرجوح، (**وزادت مؤنة سفره**) لإتمام النسك، أو إتيانه به (**عن نفقته المعهودة**) في الحضر (**فللولي منعه**) من الإتمام أو الإتيان به صيانةً لماله. وظاهر كلام المصنف أنه يصحّ إحرامه بدون إذن وليّه. قال الإسنوي: «وفي الفرق بينه وبين الصَّبِيِّ المميّز نظر»، وفرّق السبكي بينهما باستقلال السفيه. (**والمذهب أنه كمُحْصَرٍ فيتحلّل**) لأنه ممنوع من المضي. والطريق الثاني: وجهان: أحدهما هذا، والثاني: لا يتحلّل إلّا بلقاء البيت؛ كمن فقد زاده وراحلته.

(**قلت: ويتحلّل بالصوم إن قلنا: «لدم الإحصار بدلٌ»**)، وهو الأظهر كما مرَّ في الحج؛ (**لأنه ممنوع من المال**) أما إذا قلنا: «**لا بدل له**» فإنه يبقى في ذمة المحصر، قال

وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ. . . . .

في «المطلب»: ويظهر أنه يبقى في ذمة السفيه أيضًا. **(ولو كان له في طريقه كسبٌ قَدْرَ زيادة المؤنة لم يجز منعه، والله أعلم)**؛ لأن الإتمام بدون التعرّض للمال ممكن. قال في «المطلب»: «وفيه نظرٌ إذا كان عمله مقصودًا بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرّع به»، قال الأذرعي: «وفي النظر نظرٌ؛ لأنه وإن كان كذلك لا يُعَدُّ مالًا حاصلًا، فلا يلزمه تحصيله مع غناه، بخلاف المال الموجود في يد الولي»، قال الغزالي: «وما ذكره ابن الرفعة والأذرعي كلاهما عجيب، فإن المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه فقط كما هو ظاهر عباراتهم».

أما إذا أحرم بتطوع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه فإنه كالواجب كما ذكره في «الروضة» وأصلها في الحج.

* * *

٤ـ فصلٌ [فيمن يلي الصَّبيَّ مع بيان كيفيَّة تصرُّفه في ماله]

وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ثُمَّ الْقَاضِي، . . . .

(فصلٌ) فيمن يلي الصَّبيَّ مع بيان كيفيَّة تصرُّفه في ماله

[مطلبٌ فيمن يلي الصَّغير]

(وَلِيُّ الصبي أبوه) بالإجماع. ولو عبّر بـ«الصغير» لكان أَوْلَى، وقال ابن حزم: «إن الصبي يشمل الصبية»؛ كما قال: «إن العبد يشمل الأَمَةَ». (ثم جدّه) أبو الأب وإن علا كولاية النكاح. وتكفي عدالتهما الظاهرة لوُفُورِ شفقتهما، فإن فسقا نزع القاضي المال منهما كما ذكراه في باب الوصية، وهل ينعزلان بالفسق؟ وجهان حكاهما القاضي حسين والإمام في باب العاريَّة، وينبغي الانعزال، وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم ففي بطلانه وجهان؛ قال السبكي: «ينبغي أن يكون أصحّهما أنه لا يبطل ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء». ولا يعتبر إسلامهما إلَّا أن يكون الولد مسلمًا، فإن الكافر يلي ولده الكافر؛ لكن لو ترافعوا إلينا لم نقرّهم ونَلِي نحن أمرهم، بخلاف ولاية النكاح؛ لأن المقصود بولاية المال الأمانة وهي في المسلمين أقوى، والمقصود بولاية النكاح الموالاة وهي في الكافر أقوى؛ قاله الماوردي.

(ثم وَصِيُّهُمَا) أي وصيُّ من تأخّر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامه. وشرطه العدالة كما سيأتي في الوصية.

(ثم القاضي) أو أمينه؛ لخبر: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»(١) رواه الترمذي

---

(١) أخرجه الترمذيُّ في «جامعه»، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بوليّ /١١٠٢/ قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

وأخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب النكاح /٢٧٠٦/ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

قال المباركفوريُّ ـ رحمه الله تعالى ـ: وصحّحه أبو عوانة وابن خزيمة وابن حبّان والحاكم.

وقال الحافظ في «بلوغ المرام»: أخرجه الأربعة إلّا النسائيّ، وصحّحه أبو عوانة وابن حبّان =

وَلَا تَلِي الأُمُّ فِي الأَصَحِّ .

وحسّنه والحاكم وصحّحه. ولو كان اليتيم ببلد ومَالُهُ في آخر فالوليّ قاضي بلد المال؛ لأن الولاية عليه ترتبط بماله كمال الغائبين؛ لكن محلّه في تصرّفه فيه بالحفظ والتعهّد بما يقتضيه الحال مع الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف. أما تصرّفه فيه بالتجارة والاستنماء فالولاية عليه لقاضي بلد اليتيم؛ لأنه وليّه في النكاح فكذا في المال كما نقله في أصل «الروضة» عن الغزالي وأقرّه، قال شيخنا: «ووقع للإسنوي عَزْوُ ما يخالف ذلك إلى الروضة وأصلها فاحذره». قال الأذرعي: وعلى ما في أصل «الروضة» فلقاضي بلده العدل الأمين أن يطلب من قاضي بلد ماله إحضاره إليه عند أَمْنِ الطريق لظهور المصلحة له فيه، وليتّجر له فيه ثَمَّ، أو يشتري له به عقارًا، ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك.

وحُكْمُ المجنون حكم الصبي في ترتيب الأولياء، وكذا من بلغ سفيهًا.

تنبيه: قضية تعبيره بـ«الصَّبي» أنه لا ولاية للمذكورين على مال الأجِنّة، وصرَّحا به في الفرائض في الكلام على ميراث الحمل؛ لكن بالنسبة إلى الحاكم فقط، ومثله البقية.

قال الجرجاني: «وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر في حال محجورهم وتولّي حفظ ماله».

[حكم ولاية الأمِّ والعصبات على الصَّغير]

(ولا تلي الأُمُّ في الأصح) كولاية النكاح. والثاني: تلي بعد الأب والجَدِّ، وتُقَدَّمُ على وصيِّهما لكمال شفقتها. وكذا لا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعَمِّ، نعم لهم الإنفاق من مال الطفل في تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية؛ لأنه قليلٌ فسومح به؛ قاله في «المجموع» في إحرام الوليّ عن الصبي، قال شيخنا: «ومثله المجنون

= والحاكم. انتهى.

انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيّ، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلَّا بوليّ، (٤/ ٢٣٧).

وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ، . . . .

والسفيه». انتهى، أما السفيه فواضح، وأما المجنون ففيه نظرٌ، نعم إن حُمِلَ على من له نوع تمييز فهو ظاهر، ولعلَّه مراده.

[تصرف الوليِّ على الصَّغير منوط بالمصلحة]

(ويتصرف) له (الوليّ بالمصلحة) وجوبًا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. وقضية كلامه كأصله أن التصرّف الذي لا خير فيه ولا شرَّ ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه، وهو كذلك كما صرَّح به الشيخ أبو محمد والماوردي.

ويجب على الوليّ حِفْظُ مال الصبي عن أسباب التَّلف، واستنماؤه قدر ما تأكله المؤن من نفقةٍ وغيرها إن أمكن، ولا تلزمه المبالغة. ولو خاف الوليُّ استيلاء ظالم على مال اليتيم فله بذل بعضه لتخليصه وجوبًا، ويُستأنس له بخرق السَّيِّدِ الخضر السَّفينةَ. وإذا كان للصبي أو السفيه كسب ـ أي يليق به ـ أجبره الوليّ على الاكتساب ليرتفق به في ذلك. ونُدب أن يشتري له العقار؛ بل هو أَوْلَى من التجارة إذا حصل من ريعه الكفاية كما قاله الماوردي، هذا إن لم يخف جورًا من سلطان أو غيره أو خرابًا للعقار ولم يجد به ثقل[1] خراج. وله أن يسافر بمال الصبي والمجنون وقت الأمن، والتسفير به مع ثقةٍ ولو بلا ضرورة من نحو حريق أو نهب؛ لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، لا في نحو بحرٍ وإن غلبت السلامة؛ لأنه مظنة عدمها، قال الإسنوي: «ولا يركب بالصبي البحرَ وإن غلبت سلامته كماله»، وفرّق غيره: بأنه إنما حرم ذلك في ماله لمنافاته غرض ولايته عليه في حفظه وتنميته بخلافه هو، فيجوز أن يركبه البحر إذا غلبت السلامة؛ كما يجوز إركاب نفسه، والفرقُ أظهرُ، والصواب ـ كما قال الأذرعي ـ عدم تحريم إركاب البهائم والأرقّاء والحامل عند غلبة السلامة، خلافًا للإسنوي في الجميع.

---

(١) في نسختي المقابلة: «نقل»، وما أثبتُّه من «أسنى المطالب في شرح روض الطالب» لشيخ الإسلام زكريًا الأنصاريّ، (٢/ ٢١١).

وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالآجُرِّ لَا اللَّبِنِ وَالْجِصِّ، ....

(ويبني دوره) ومساكنه (بالطين[١] والآجُرِّ[٢]) أي الطوب المُحَرَّقِ؛ لأن الطين قليل المؤنة وينتفع به بعد النقض، والآجُرُّ يبقى. (لا اللَّبِنِ) أي الطوب الذي لم يحرق، (والجِصِّ) أي الجبس؛ لأن اللَّبِنَ قليل البقاء ويتكسر عند النقض، والجبسَ كثير المؤن ولا تبقى منفعته عند النقض؛ بل يلصق بالطوب فيفسده.

تنبيه: قوله: «والجِصُّ» بالواو هي عبارة «المحرّر» و«الروضة» و«الشرح الصغير»، وعبارة الكبير: «أو الجِصّ» بـ«أو»، وهي أَوْلَى؛ لأنها تدل على الامتناع في اللَّبِنِ سواء أكان مع الطين أم الجِصِّ، وعلى الامتناع في الجِصِّ سواء أكان مع اللَّبِنِ أم الآجُرِّ، وهو كذلك، ويفهم المنع فيما عداهما.

والمجنون والسفيه كالصبي فيما ذكر.

وما ذكره من اقتصار البناء بالطين والآجُرِّ نصّ عليه الشافعيُّ وجرى عليه الجمهور، واختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان، واختاره الروياني واستحسنه الشاشيُّ، والقلب إليه أميل. وفي «البيان» بعدما نقل ما ذكره المصنف ع النَّصِّ: «وهذا في البلاد التي يعزّ فيها وجود الحجارة، فإن كان في بلد توجد فيـ الحجارة كانت أَوْلَى من الآجُرِّ لأنها أكثر بقاءً وأَقَلُّ مؤنةً».

ويشترط في البناء للمحجور عليه ـ كما قال ابن الصباغ ـ أن يساوي كلفته، وقيل هذا قَلَّ أن يوجد، قال بعضهم: «وهذا في التحقيق منعٌ للبناء».

وقوله: «ويبني دوره» قد يفهم أنه لا يبتدىء له بناء العقار، وليس مرادًا، وقال بعض فقهاء اليمن: «إنما يبنيه إذا لم يكن الشراء أحظّ»، قال ابن الملقن: «وهو فقه ظاهر».

---

(١) لا بجبس بدل الطين لكثرة مؤنته، ولا بلبنٍ بدل الآجر لقلة بقائه.

(٢) هذا إن جرت العادة به؛ إذ هي المعتبرة على المعتمد، وعبارة المدابغي: قوله: «وآجُرّ» ولكن هذا بحسب المعتاد في زمانهم، أما الآن فالمعتبر ما جرت به العادة.

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ، . . . .

[حكم بيع الولي عقار موليّه]

ولا يشتري له ما يَسْرُعُ فسادُهُ وإن كان مربحًا؛ قاله الماوردي.

ولا (يبيع عقاره)؛ لأن العقار أسلم وأنفع مما عداه؛ (إلَّا لحاجة) كنفقة وكسوة؛ بأن لم تَفِ غَلَّةُ العقار بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم يَرَ المصلحة في الاقتراض، أو خاف خرابه. قال في «البحر»: «وكذا لو كان اليتيم ببلد وعقاره في آخر ويحتاج إلى مؤنة في توجيه من يجمع الغلة، فيبيعه ويشتري ببلد اليتيم، أو يبني فيه مثله». قال الإسنوي: «ويظهر أيضًا جواز بيعه بثمن مثله دفعًا لرجوع الواهب إذا كان أصلًا له». (أو غبطة ظاهرة)؛ كأن يرغب فيه شريك أو جارٌ بأكثر من ثمن مثله، وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيرًا منه بِكُلِّهِ، أو يكون ثقيل الخراج ـ أي المغارم ـ مع قلة ريعه.

تنبيه: قوله: «ظاهرة» من زيادة «المنهاج» على بقية كتب الشيخين. قال الإمام: وضابط تلك الزيادة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار.

وكالعقار فيما ذكر آنية القنية من نحاس وغيره كما نقله ابن الرفعة عن البندنيجي، قال: «وما عداهما لا يباع أيضًا إلَّا لغبطةٍ أو حاجةٍ؛ لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما». وينبغي ـ كما قال ابن الملقن ـ أنه يجوز بيع أموال التجارة من غير تقييد بشيء؛ بل لو رأى البيع بأقلّ من رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنّةٌ للربح جاز كما قاله بعض المتأخرين.

ولو طلب ماله بأكثر من ثمن مثله وجب بيعه إن لم يحتج إليه ولم يكن عقارًا يحصل له منه كفايته.

قال الروياني: «ولو ترك الوليّ عمارة عقار محجوره حتى خرب مع القدرة أَثِمَ»، وهل يضمن كما في ترك علف الدابة، أو لا كما في ترك التلقيح؟ وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة، أوجههما ـ كما قال شيخنا ـ عدم الضمان فيهما، ويفارق ترك العلف: بأن فيه إتلاف روحٍ بخلاف ما هنا. قال القفال: «ويضمن ورق الفِرْصَاد إذا تركه حتى مات أي تلف، وكأنه قاسه على سائر الأطعمة». ولو امتنع من بيع ماله

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ، . . . .

لتوقّع زيادة فتلف المال فلا ضمان. قال العبادي: ولو أجّر بياض أرض بستانه بأجرةٍ وافيةٍ بمقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم ساقى على شجره على سهم من ألف سهم لليتيم والباقي للمستأجر كما جرت به العادة، قال ابن الصلاح في «فتاويه»: «الظاهر صحة المساقاة»، قال الإسنوي: «وهي مسألةٌ نفيسةٌ».

[حكم إقراض الوليِّ مال موليِّه]

ولا يجوز لغير القاضي من الأولياء أن يقرض من مال الصبي والمجنون شيئًا إلَّا لضرورة كحريق ونهب، أو أن يريد سفرًا يخاف عليه فيه، أما القاضي فله ذلك مطلقًا لكثرة أشغاله. ولا يقرضه إلَّا لمليءٍ أمينٍ ويأخذ رهنًا إن رأى في ذلك مصلحةً وإلَّا تركه. ولا يودعه أمينًا إلَّا عند عدم التمكّن من إقراضه.

[حكم بيع الوليِّ ماله موليِّه]

(وله بيع ماله بِعَرْضٍ ونسيئة للمصلحة) التي يراها فيهما؛ كأن يكون في الأول ربح، وفي الثاني زيادة لائقة، أو خاف عليه من نهب أو إغارة.

(وإذا باع نسيئةً أشهد) على البيع وجوبًا (وارتهن به) ـ أي بالثمن ـ رهنًا وافيًا به، ويُشترط أن يكون المشتري موسرًا ثقةً والأجلُ قصيرًا عرفًا احتياطًا للمحجور عليه، فإن لم يفعل ذلك ضمن، قال السبكي: «وبطل البيع على الأصح»، قال: وقال الإمام: «الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري مليئًا». انتهى، والأوجه كلام السبكي. ولا يجزيء فيه الكفيل عن الارتهان، نعم لا يلزم الأب والجَدَّ الارتهانُ من نفسهما له والدَّين عليهما بأن باعا ماله لأنفسهما نسيئةً؛ لأنهما أمينان في حقّه، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة؛ لأنهما غير مُتَّهَمَيْنِ في حَقِّ ولدهما. وفي وجوب إقامتهما البيِّنة بالعدالة ليسجل لهما وجهان: أحدهما: لا؛ اكتفاء[1] بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح، والثاني: نعم؛ كما يجب إثبات

---

(١) في نسختي المقابلة: «الاكتفاء»، وما أثبتُّه من «أسنى المطالب في شرح روض الطالب» لشيخ الإسلام زكريَّا الأنصاريّ، (٢/ ٢١٢).

وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، . . . .

عدالة الشهود ليحكم، وينبغي ـ كما قال ابن العماد ـ أن يكون هذا هو الأصح بخلاف ما مرَّ؛ لأن ذاك في جواز ترك الحكم لهما على الولاية، وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما، بخلاف الوصي والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدالتهما. ويقبل قول المحجور عليه بعد الكمال أنهما باعا ماله ولو غير عقار بلا مصلحة، فتلزمهما البينة، بخلاف الأب والجد فلا يلزمهما البينة؛ بل البينة عليه لأنهما لا يُتَّهَمَانِ لوفور شفقتهما.

ولا يبيع الوصيُّ مال الطفل أو المجنون لنفسه ولا مال نفسه له.

ولا يقتصّ له وليٌّ ولو أبًا، ولا يعفو عن القصاص؛ نعم له العفو على الأرش في حَقِّ المجنون الفقير، بخلاف الصبي كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في الجنايات؛ لأن الصِّبَا له غاية تنتظر بخلاف الجنون. ولا يعتق رقيقه في غير الكفّارة المرتَّبة، ولا يكاتبه، ولا يدبّره، ولا يعلّق عتقه بصفة، ولا يُطَلِّقُ زوجته ولو بعوض؛ لخبر: «إنما الطَّلاقُ لِمَنْ أَخَذَ بالسَّاقِ»[1] رواه ابن ماجه والدارقطني. ولا يصرف ماله في المسابقة، ولا يشتري له إلَّا من ثقةٍ، قال ابن الرفعة: «ولا يظهر جواز شراء الجواري للتجارة لغرر الهلاك»، وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ.

[حكم أخذ الوليِّ لموليِّه بالشفعة]

(ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك؛ لأنه مأمور بفعلها، فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه، ويحرم إذا كانت المصلحة في تركه، فلو استوت المصلحة في الأخذ والترك فهل يحرم الأخذ أو يجب أو يتخيَّر؟ فيه ثلاثة أوجه

---

(١) أخرجه ابن ماجه، أبواب الطلاق، باب طلاق العبد / ٢٠٨١/ .
قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، والله أعلم.
وأخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب الطلاق / ٣٩٤٨/ من حديث عصمة بن مالك.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب الإيلاء / ١٦١٢/ وقال: أخرجه ابن ماجه عن ابن عبّاس، وفي إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، وله طريق أخرى عند الطبرانيِّ في «الكبير»، وفيه يحيى الحمانيُّ، ورواه ابن عديٍّ والدارقطنيّ من حديث عصمة بن مالك، وإسناده ضعيف.

وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ.

حكاها في «البحر» تبعًا للماوردي، والأوّل هو مقتضى كلام المصنّف، وقال الإسنوي: «هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة»، وقال في «المطلب» هنا: «والنَّصُّ يفهمه والآية تشهد له»؛ أي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، فإنها دالّة على المنع عند الاستواء لورودها بصيغة التَّفضيل. ولو ترك الوليّ الأخذ مع الغبطة فيه ثم كمل المحجور عليه كان له الأخذ؛ لأن ترك الوليّ حينئذٍ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرّفه، بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معًا كما مرَّ. ولو أخذ الوليّ مع الغبطة ثم كمل المحجور عليه وأراد الرَّدَّ لم يُمَكَّنْ منه كما صرَّح به في «الروضة»، والقول قوله بيمينه في أن الوليّ ترك الأخذ مع الغبطة، ويلزم الوليّ البينة إلَّا على أبٍ أو جَدٍّ قال: «إني تركتها لغبطةٍ» فلا يقبل قوله عليه.

[حكم إخراج الوليّ زكاة مال موليّه]

(ويزكّي ماله) وجوبًا لأنه قائم مقامه، وقد تقدَّم الكلام على ذلك في باب الزكاة.

[حكم إنفاق الوليّ على مَوْلِيِّهِ]

(وينفق عليه بالمعروف) في طعام وكسوة وغيرهما مما لا بُدَّ منه بما يليق به في إعساره ويساره، فإن قَتَّرَ أَثِمَ، وإن أسرف أَثِمَ وضمن.

ويخرج عنه أرش الجناية وإن لم يطلب ذلك منه، فإن قيل: الدين الحَالُّ لا يجب أداؤه إلَّا بعد الطلب كما مرَّ في كتاب التفليس وأرش الجناية دينٌ، أجيب: بأن ذلك ثبت بالاختيار فتوقَّف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا. وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكره الشيخان لسقوطها بمضيّ الزمان، قال الإسنوي: «وما ذكراه من توقف نفقة القريب على الطلب لا يستقيم إذا كان المنفق عليه مجنونًا أو طفلًا أو زَمِنًا يعجز عن الإرسال ونحو ذلك». انتهى، وهو ظاهر. نعم إن كان له وليّ خاصٌّ ينبغي اعتبار طلبه. وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه.

فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعًا بِلَا مَصْلَحَةٍ صُدِّقَا بِالْيَمِينِ، . . . . . .

[حكم أجرة الولي ونفقته في مال موليِّه]

ولا أجرة للوليّ ولا نفقة في مال محجوره، فإن كان فقيرًا وشُغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقلَّ من الأجرة والنفقة بالمعروف؛ قال تعالىٰ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، وكالأكل غيره من بقيّة المؤن، وإنما خُصَّ بالذكر لأنه أعمُّ وجوه الانتفاع. وله أن يستقلّ بالأخذ من غير مراجعة الحاكم. ولو نقص أجر الأب أو الجَدِّ أو الأمِّ إذا كانت وَصِيَّةً عن نفقته وكان كُلٌّ منهم فقيرًا تمّمها من مال محجوره؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فَمَعَهُ أَوْلَى. وإذا أخذ لفقر به ثم أيسر لا يجب عليه رَدُّ البدل على الأظهر في «زيادة الروضة». هذا كُلُّهُ في الوليّ غير الحاكم، أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرَّح به المحاملي.

وللوالي خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للارتفاق(١) إذا كان للصبي فيه حظ؛ قال تعالىٰ: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وإلَّا امتنع؛ قال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

ويسنُّ للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل؛ لأخبارٍ صحيحةٍ وردت فيه.

ولا يجب على الوليّ أن يشتري لِمَوْلِيِّهِ إلَّا بعد استغنائه عن الشراء لنفسه، فإن لم يَسْتَغْنِ عنه قَدَّم نفسه. وإن تَضَجَّرَ الأب وإن علا فله الرفع إلى القاضي لينصب قَيِّمًا بأجرة من مال محجوره، وله أن ينصب غيره بها بنفسه.

[حكم دعوى الصَّغير بعد بلوغه على الوليِّ أو الأمين أو الوصي بيعًا بلا مصلحة]

(فإذا ادَّعى) الصغير (بعد بلوغه على الأب والجَدِّ بيعًا) لماله ولو عقارًا (بلا مصلحةٍ صُدِّقَا باليمين)؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما، ومقتضى ذلك ـ كما قاله الإسنوي ـ

(١) في المخطوط: «للإرفاق».

وَإِنِ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ.

قبول قول[١] الأُمِّ إذا كانت وصية، وكذا من[٢] في معناها كآبائها[٣]، وهو كذلك. (**وإن ادّعاه على الوصيّ والأمين**) أي منصوب القاضي (**صدق هو بيمينه**) للتهمة في حقّهما، وقيل: يصدق الوليّ مطلقًا؛ لأن الأصل عدم الخيانة، وقيل: لا يصدق مطلقًا؛ بل لا بدّ من بينة، وقيل: يصدق الأب والجَدُّ مطلقًا وغيرهما في غير العقار؛ لأن العقار يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره. وإذا قلنا: «لا يقبل قول الوصي والأمين» فمحلُّه في غير أموال التجارة، أما فيها فالظاهر ـ كما قال الزركشي ـ قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها.

ودعواه على المشتري من الوليّ كدعواه على الوليّ، فيُقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجَدِّ، لا إن اشترى منهما.

ولو أقام من لم يقبل قوله من الوليّ والمحجور عليه بينةً بما ادَّعاه حُكِمَ له بها ولو بعد الحلف كما في «المحرّر».

تنبيه: سكت المصنف عن الدعوى على القاضي، وكلام «التنبيه» يقتضي أنه كالوصي والأمين، واختاره الشيخ تاج الدين الفزاري، وقال السبكي: «لم أَرَ للأصحاب تصريحًا به، والقول قوله بلا يمين إن كان في زمن حكمه»، وتوقَّف فيما إذا كان معزولًا، ثم اعتمد بعد ذلك أنه يقبل قوله بلا يمينٍ مطلقًا، وهذا هو الظاهر؛ لأنه نائب الشرع.

خاتمة: سئل السبكي عن يتيم تحت حجر الشرع له مال يعامل فيه ناظر الأيتام بإذن الحاكم، ثم إن اليتيم سكن قريةً من قرى القدس ومضت مُدَّةٌ يتحقق فيها بلوغه ولم يعلم هل بلغ رشيدًا أو لا، هل تجوز له المعاملةُ في ماله بعد مُدَّةِ البلوغ المذكورة

---

(١) ليس في نسختي المقابلة، وما أثبتُّهُ هو لفظ الإمام الرَّمليِّ في «نهاية المحتاج»، (٤/ ٣٨١).

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «ما».

(٣) في نسخة البابي الحلبي: «كأمّهاتها»، وما أثبتُّه هو لفظ المخطوط والإمام الرمليّ في «نهاية المحتاج»، (٤/ ٣٨١).

. . . .

وإخراجُ الزكاة من ماله أو لا؟ فقال: «لا تجوز المعاملة في ماله ولا إخراج الزكاة منه في هذه الحالة، ويعضد ذلك قول الأصحاب: إنَّ الوليّ إذا أجَّر الصبيّ مُدَّةً يبلغ فيها بالسِّنِّ لم يصح فيما زاد على البلوغ». وسئل عن امرأة سفيهةٍ تحت الحجر أقامت بيّنَةً برشدها، ثم حضر وليّها فأقام بينةً بسفهها أيهما تُقَدَّمُ؟ فقال: «تُقَدَّمُ بيِّنَةُ السَّفه؛ لأن معها زيادة علم»، وصورة المسألة أن تشهد بينةُ الرشد في الوقت الفلاني، فتشهد تلك البينة بأنها كانت في ذلك الوقت تشرب الخمر مثلًا، أما إذا أطلقت فالوجه تقديم بينةِ الرشد.

* * *

٥ـ باب الصُّلح

. . . .

(باب الصُّلح[١])
وما يُذكر معه من التَّزاحم على الحقوق والتَّنازع فيها

[تعريف الصُّلح ودليل مشروعيته]

هو لغةً: قطع النِّزاع. وشرعًا: عقدٌ يحصل به ذلك[٢]. وهو أنواع: صلح بين المسلمين والكفار[٣]، وبين الإمام[٤] والبغاة، وبين الزوجين[٥] عند الشِّقاق، وصلح في المعاملة، وهو مقصود الباب.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[٦] [النساء: ١٢٨]، وخبر:

---

(١) ذكره بعد الحجر ليس فيه كبير مناسبة، فكان المناسب تأخيره عما في الكتاب كُلِّهِ؛ لأنه يجري في غالبها فيكون بيعًا وسَلَمًا وهبة وإجارة. وهو رخصة على المعتمد؛ لأن الرخصة هي الحكم المتغير إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي، ولا يشترط لتسميته رخصة التغيير بالفعل؛ بل ورود الحكم على خلاف ما تقتضيه الأصول العامة كافٍ في كونه رخصة. وقال بعضهم: ذكره عقب الحجر؛ لأن غالب وقوعه بعد حجر الفلس.
انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في الصلح، (٣/ ١١٢).

(٢) هذا من غير الغالب من أن المعنى اللغوي أعمُّ من الاصطلاحي؛ إذ هما متغايران هنا، وأجيب: لأن قوله: «قطع النزاع» أي بعقد أو بغيره، فيكون أعمَّ من المعنى الاصطلاحي.

(٣) وعقدوا له باب الهدنة، وهي الصلح على ترك القتال مدة أربعة أشهر عند قُوَّتنا، وعشر سنين عند ضعفنا.

(٤) أي أو نائبه، وعقدوا له باب البغاة.

(٥) وعقدوا له باب القسم والنشوز.

(٦) ظاهره أن هذه الآية دليل على الصلح مطلقًا، وفيه أن هذا الصلح هو الواقع بين الزوجين؛ لأنه أعيدت فيه النكرة معرفة، والنكرة إذا أعيدت معرفة كانت عينًا، فكأنه قيل: هذا الصلح ـ أي الواقع بين الزوجين ـ خير؛ «ح ل»، وقد أجيب: بأن القاعدة أغلبية، وبأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ويدل لإرادة العموم إعادته بلفظ الظاهر لا بالضمير.

. . . .

«الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ(١)؛ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا(٢) أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا(٣)»(٤) رواه ابن حبّان وصحّحه، والكفّار كالمسلمين في ذلك، وإنما خصّهم بالذكر لانقيادهم إلى الأحكام غالبًا. والصلح الذي يُحِلُّ الحرامَ: أن يصالح على خمر ونحوه، أو من دراهم على أكثر منها، والذي يُحَرِّمُ الحلالَ: أن يصالح زوجته على أن لا يطلقها ونحو ذلك.

ولفظه يتعدّى للمتروك بـ «من» و «عن»، وللمأخوذ بـ «على» والباء غالبًا(٥).

---

(١) خصّهم بالذِّكر لانقيادهم للأحكام غالبًا، وإلا فمثلهم الكفّار.

(٢) أي فلا يجوز؛ أي يحرم ولا يصح، فهو استثناء منقطعٌ؛ أي لأنه استثنى ما ليس صلحًا لعدم صحته من الصلح، وهذا مبني على أن العقد الفاسد لا يسمى صلحًا، وفيه خلاف.

(٣) كأن صالح على أن لا يتصرف في المُصَالَحِ عليه؛ «شرح م ر». فإن قيل: الصلحُ لم يحرم الحلال ولم يحلِّل الحرام؛ بل هو على ما كان عليه من التحليل والتحريم؟ أجيب: بأن الصلح هو المجوِّز لنا الإقدام على ذلك في الظاهر؛ «عناني»؛ أي فلو صحّحناه لكان هو المحلِّل والمحرِّم في الظاهر.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب القضاء، باب في الصلح /٣٥٩٤/. والترمذيُّ في «جامعه»، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس /١٣٥٢/، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

قال المباركفوريُّ ـ رحمه الله تعالى ـ: وفي تصحيح الترمذيّ هذا الحديث نظر، فإنَّ في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، وهو ضعيف جدًّا؛ قال فيه الشافعيُّ وأبو داود: وهو ركن من أركان الكذب. وقال النسائيُّ: ليس بثقة. وقال ابن حبّان: له عن أبيه عن جدّه نسخة موضوعة، وتركه أحمد.

واعتذر له الحافظ فقال: وكأنّه اعتبر بكثرة طرقه؛ كذا قال الشوكانيُّ في «النيل»، وذكر فيه طرقه، وقال بعد ذكرها: لا يخفى أنَّ الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقلُّ أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنًا.

انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيّ، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، (٤/ ٦٧١).

قلت: وأخرجه ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب الصلح /٢٣٥٣/. وابن حبّان في «صحيحه»، كتاب الصلح، ذكر الإخبار عن جواز الصّلح بين المسلمين ما لم يخالف الكتاب أو السُّنَّة أو الإجماع /٥٠٦٩/.

(٥) وقد نظم بعضهم ذلك فقال:

في الصلح المأخوذ «باءٌ» و«على» والترك «من» و«عن» كثيرًا ذا جعلا =

هُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ؛ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنِ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا. ....

[أقسام الصُّلح]

[القسم الأول: الصُّلح الذي يجري بين المُتداعيينِ]

و (هو قسمان):

(أحدهما: يجري بين المتداعيين).

[أنواع الصُّلح الذي يجري بين المتداعيين]

[النَّوع الأوَّل: الصُّلح على إقرارٍ]

(وهو نوعان):

(أحدهما: صلح على إقرارٍ، فإن جرى على عينٍ غير المُدَّعَاةِ)؛ كما إذا ادَّعى عليه دارًا فأقرّ له بها وصالحه عنها بمعيَّنٍ كثوبٍ (فهو بيعٌ) للعين المُدَّعَاةِ من المدعي للمُدَّعَى عليه (بلفظ الصلح)، ويسمّى «صُلْحَ المعاوضة»، (تثبت فيه أحكامه) أي البيع، (كالشفعة والرَّدِّ بالعيب ومنع تصرّفه) في المصالَحِ عليه (قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا) أي المصالَحُ عنه والمصالَحُ عليه (في علَّة الرِّبا) وغير ذلك من أحكامه؛ كاشتراط التساوي إذا كان جنسًا ربويًّا، واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر، وجريان التحالف عند الاختلاف، وفساده بالغرر والشرط الفاسد والجهل؛ لأن حَدَّ البيع يصدق على ذلك. أما إذا صالح على دين فإنه إن كان ذهبًا أو فضَّة فهو بيع أيضًا، وإن كان عبدًا أو ثوبًا مثلًا موصوفًا بصفة السَّلَمِ فهو سَلَمٌ، وسكت الشيخان عن

= ونظم بعضهم ذلك أيضًا بقوله:

فبالباء أو «على» يُعَدَّى الصلح ... لما أخذته فهذا نصح
و«من» و«عن» أيضًا لما قد تركا ... في أغلب الأحوال ذا قد سلكا

أو على منفعةٍ فإجارةٌ تثبتُ أحكامُها. أو على بعضِ العينِ المدَّعاةِ فهبةٌ لبعضها لصاحبِ اليدِ فتثبتُ أحكامُها. ولا يصحُّ بلفظِ البيعِ. والأصحُّ صحتُهُ بلفظِ الصلحِ.

ولو قالَ مِنْ غيرِ سبقِ خصومةٍ: «صالحني عَنْ دارِكَ بكذا» فالأصحُّ بُطلانُهُ.

ذلك لظهوره، ولو أبدل المصنف «عين» بـ «غير» لدخل ذلك؛ لكن لا ينعقد الشيء بلفظ البيع كما تقدم في بابه.

(أو) جرى الصلح من العين المُدَّعاة (على منفعة) لغير العين المُدَّعَاة: كخدمة عبدٍ مدة معلومة (فإجارة تثبت أحكامها) أي الإجارة في ذلك؛ لأن حَدَّ الإجارة يصدق على ذلك. أما إذا صالح على منفعة العين المُدَّعَاة فإنها إعارة تثبت أحكامها، فإن عيّن مدة فإعارة مؤقّتة وإلّا فمطلقةٌ.

(أو) جرى الصلح (على بعض العين المُدَّعَاةِ) ـ كربعها ـ (فهبة لبعضها) الباقي (لصاحب اليد) عليها، (فتثبت أحكامها) ـ أي الهبة ـ المقرَّرة في بابها من اشتراط القبول وغيره؛ لصدق حدّها على ذلك، فتصحّ في البعض المتروك بلفظ «الهبة» و«التمليك» ونحوهما[1]. (ولا يصح بلفظ البيع) له لعدم الثمن، (والأصح صحته بلفظ الصُّلح)؛ كـ «صالحتُكَ من الدار على ربعها»؛ لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصُّلح هي سبق الخصومة وقد حصلت. والثاني: لا يصح؛ لأن لفظ الصُّلح يتضمن المعاوضة، ولا عوض هناك للمتروك، ومُحالٌ أن يقابل الإنسان ملكه بملكه. وحمله الأول على الهبة تنزيلًا لهذا اللّفظ في كُلّ موضع على ما يليق به كلفظ التمليك، ويسمّى هذا «صلح الحطيطة».

[حكم الصُّلح من غير سبق خصومة]

(ولو قال من غير سبق خصومة: صالحني عن دارك) مثلًا (بكذا) فأجابه (فالأصح بطلانه)؛ لأن لفظ الصُّلح يستدعي سبق الخصومة، سواء أكانت عند حاكم أم لا.

---

(١) في المخطوط: «وشبههما».

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ، فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا اشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الأَصَحِّ، أَوْ دَيْنًا اشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ ....

والثاني: يصح؛ لأنه معاوضة فلم يُشترط فيه ذلك قياسًا على البيع. ومحل الخلاف عند عدم النية، فأما إذا استعملاه ونَوَيَا البيع فإنه يكون كنايةً بلا شك كما قاله الشيخان وإن ردّه في «المطلب».

[حكم ما لو صالح من دينٍ على عينٍ أو دينٍ]

(ولو صالح من دين) يجوز الاعتياض عنه (على) غيره (عينٍ) أو دينٍ، قال الإسنوي: «أو منفعةٍ» (صحّ)؛ لعموم الأدلّة، سواء أعقد بلفظ البيع أو الصلح أو الإجارة، أما ما لا يصحّ الاعتياض عنه ـ كدين السَّلَمِ ـ فإنه لا يصحّ.

تنبيه: قوله: «على عين» وقع في نسخة المصنف تبعًا للمحرّر، ولو عبّر بـ «غير» كما قَدَّرْتُهُ في كلامه لكان أَوْلَى؛ لأن لفظه «عين» تنافي ـ كما قال الفزاري ـ تفصيله الآتي بقوله: «فإن كان العوض عينًا...» إلى قوله: «أو دينًا». وقال السبكي: إنه يوجد في بعض نسخ «المحرّر»: «على عوض»، وهو الصواب لتقسيمه إيَّاه بعدُ إلى عين ودين. انتهى، وأجاب الشارح عن هذا كما سيأتي التنبيه عليه.

(فإن توافقا) أي الدين المصالَحُ عنه والعوض المصالَحُ عليه (في عِلَّةِ الرِّبا) كالصلح عن فضة بذهب؛ (اشترط قبض العوض في المجلس) حذرًا من الربا، فإن تفرَّقا قبل قبضه بطل الصلح. ولا يشترط تعيينه في العقد على الأصح، (وإلَّا) قال الشارح: «أي وإن لم يتوافق المصالَحُ منه الدين والمصالَحُ عليه في علَّة الرِّبَا» فجعله منقطعًا عن الأول، ومثّله بقوله: «كالصُّلح عن فضة بحنطةٍ أو ثوبٍ»، (فإن كان العوض عينًا لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح)؛ كما لو باع ثوبًا بدراهم في الذِّمَّةِ لا يشترط قبض الثوب في المجلس. والثاني: يُشترط؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر في المجلس؛ كرأس مال السَّلَمِ.

(أو كان العوض (دينًا)؛ كـ«صالحتُكَ عن دراهمي التي عليك بكذا» (اشترط تعيينه

فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ.

وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا، وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الأَصَحِّ. . . . .

في المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين. (وفي قبضه) في المجلس (الوجهان)؛ أصحهما: لا يشترط، وإن كانا ربويين اشترط لما سبق في الاستبدال عن الثمن، ولو أحال المصنّف عليه لاستغنى عن هذا التفصيل. وإن كان العوض منفعةً قبضها بقبض محلّها فيه، قال الإسنوي: «ويتجه تخريج اشتراطه على الخلاف فيما إذا صالح على عين».

[حكم الصُّلح إذا وقع على بعض الدين]

(وإن صالح من دين على بعضه) ـ كربعه ـ (فهو إبراء عن باقيه)؛ لأنه معناه فتثبت فيه أحكامه. وعُلم من كلامه أن الصُّلح عن الدَّين ينقسم إلى معاوضة وحطيطة كالعين، وأفهم أنه لا يشترط قبض الباقي في المجلس؛ لأنه لم يجعل هذا العقد معاوضة بل إبراءً. وهل يعود الدين إذا امتنع المُبْرَأُ من أداء الباقي أم لا؟ وجهان: أصحهما: عدم العود.

(ويصح بلفظ الإبراء والحَطِّ ونحوهما)؛ كالوضع والإسقاط؛ لما في الصحيحين عن كعب بن مالك: طَلَبَ مِنْ عَبْدِ الله بْنِ أَبِي حَدْرَدٍ دَيْنًا لَهُ عَلَيْهِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا في المجلسِ حتَّى سَمِعَهُمَا رَسُولُ الله ﷺ، فَخَرَجَ إليهما ونَادى: «يا كَعْبُ»، فقال: لَبَّيْكَ يا رسولَ الله. فأشارَ بيدِهِ أنْ ضَعِ الشَّطْرَ. فقال: قَدْ فَعَلْتُ. فقال ﷺ: «قُمْ فَاقْضِهِ»[١]. وإذا جرى ذلك بصيغة الإبراء: كـ «أبرأتُكَ من خمسِمائةٍ من الألف الذي لي عليك» أو نحوها مما تقدَّم؛ كـ «وضعتُهَا ـ أو أسقطتُهَا ـ عنك» لا يشترط القبول على المذهب، سواء أقلنا: «الإبراء إسقاطٌ أم تمليكٌ».

(و) يصحّ (بلفظ الصُّلح في الأصح)؛ كـ «صالحتُكَ عن الألف الذي لي عليك على

---

(١) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، أبواب المساجد، باب التقاضي والملازمة في المسجد / ٤٤٥/ . ومسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين / ٣٩٨٤/ .

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكَسَ لَغَا، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الأَدَاءُ.

خمسِمائةٍ»، والخلاف كالخلاف في الصُّلح من العين على بعضها بلفظ الصُّلح، فيؤخذ توجيهه مما تقدَّم. وهل يشترط القبول في هذه الحالة؟ فيه خلافٌ مدركُهُ مراعاةُ اللفظ أو المعنى، والأصحّ على ما دَلَّ عليه كلام الشيخين هنا اشتراطه. ولا يصحّ هذا الصُّلح بلفظ البيع كنظيره في الصلح عن العين.

تنبيه: مقتضى كلام المصنف البطلان فيما لو كانت الخمسمائة المصالَح بها معينةً، وهو ما رجّحه القاضي والإمام، وقطع به القفّال، وصوّبه في «المهمات»، وجرى عليه ابن المقري؛ لأن تعيينها يقتضي كونها عوضًا، فيصير بائعًا الألف بخمسمائة، ومقتضى كلام أصل «الروضة» الصحّة، وجرى عليه البغوي والمتولّي والخوارزمي، وهو المعتمد؛ لأن الصُّلح من الألف على بعضه إبراءٌ للبعض واستيفاءٌ للباقي، فلا فرق بين المعين وغيره.

[حكم الصُّلح من دينٍ حالٍّ على مؤجَّلٍ مثله أو عكس ذلك]

(ولو صالح من) دين (حَالٍّ على مؤجَّلٍ مثله) جنسًا وقدرًا وصفةً، (أو عكس) أي صالح من مؤجَّلٍ على حَالٍّ مثله كذلك (لغا) الصُّلح؛ لأنه وعدٌ في الأُولى من الدائن بإلحاق الأجل، وصفة الحلول لا يصح إلحاقها، وفي الثانية وعدٌ من المديون بإسقاط الأجل، وهو لا يسقط. والصحة والتكسير كالحُلول والتأجيل.

(فإن عَجَّلَ) الدين (المؤجّل صحّ الأداء) وسقط الأجل؛ لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما، نعم إن ظنّ المؤدّي صحّة الصُّلح لم يسقط الأجل واستردّ ما عجله؛ كمن ظنّ أن عليه دينًا فأدّاه فبان خلافه فإنه يستردّ كما قال السُّبكي قطعًا. وهذه المسألة فردٌ من أفراد قاعدةٍ مُتَكَرِّرَةٍ وهي: إذا شُرِطَ عليه شيءٌ من التصرفات لا يلزمه الوفاء به؛ كما لو شرط بيعًا في بيع ففعل المشروط عليه جاهلًا ببطلان العقد المشروط؛ كأن أتى بالبيع الثاني، فهل ينفذ لكونه تصرّفًا صحيحًا في نفسه، أو لا لكونه وفاءً بالشرط الفاسد؟ فيه خلاف، وقد اضطرب الترجيح في هذه القاعدة كما بيّنه في «المهمات»، ثم قال: «وقد تظافرت نصوص الشافعي على البطلان، فلتكن الفتوى عليه، ولا عبرة بما عداه».

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِىءَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ، وَلَوْ عَكَسَ لَغَا.

النَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعَى، .....

(ولو صالح من عشرة حَالَّةٍ على خمسةٍ مؤجّلة بريء من خمسةٍ وبقيت خمسةٌ حَالَّةٌ)؛ لأنه سامح بحطّ البعض ووعد بتأجيل الباقي، والوعدُ لا يلزم، والحطّ صحيح. (ولو عكس) ـ بأن صالح من عشرة مؤجَّلة على خمسة حَالَّةٍ ـ (لغا) الصُّلح؛ لأن صفة الحلول لا يصحّ إلحاقها، والخمسة الأخرى إنما تركها في مقابلة ذلك، فإن لم يحصل الحلول لا يصح الترك. والصحَّة والتكثير كالحلول والتأجيل.

تنبيه: قد عُلم مما تَقَرَّرَ أن أقسام الصلح ستة: البيع، والإجارة، والعاريَّة، والهبة، والسَّلَمُ، والإبراء، وبقي منها أشياء أُخَرُ:

منها: الخلع؛ كـ «صالحتُكَ من كذا على أن تطلقني طلقة».

ومنها: المعاوضة من دم العمد؛ كـ «صالحتُكَ من كذا على ما تستحقُّه عَلَيَّ من قصاص».

ومنها: الجعالة؛ كـ «صالحتُكَ من كذا على رَدِّ عبدي».

ومنها: الفداء؛ كقوله للحربي: «صالحتُكَ من كذا على إطلاق هذا الأسير».

ومنها: الفسخ؛ كأن صالح من المُسْلَمِ فيه على رأس المال. وكأنه تركها كغيره لأخذها مما ذكر.

[النَّوع الثَّاني: الصُّلح على الإنكار]

(النوع الثاني: الصُّلح على الإنكار)، أو السكوت من المدّعى عليه كما قاله في «المطلب» عن سليم الرازي وغيره؛ كأن ادَّعى عليه شيئًا فأنكره أو سكت ثم صالح عنه. (فيبطل إن جرى على نفس المُدَّعَى)؛ كأن يَدَّعي عليه دارًا فيصالح عليها؛ بأن يجعلها للمُدَّعي أو للمُدَّعَى عليه كما تصدق بذلك عبارة المصنف، وكلا الصُّورتين باطل. وفي «الروضة» وأصلها: «إن جرى على غير المدعَى؛ كأن يصالحه عن الدار

. . . .

بثوبٍ أو دينٍ»، قال الشارح: وكأن نسخة المصنف من «المحرّر»: «عين» فَعَبَّرَ عنها بـ«النفس» ولم يلاحظ موافقة ما في الشرح، فهما مسألتان حكمهما واحد. انتهى، ويريد بذلك دفع اعتراض المصحّح فإنه قال: «الصواب التعبير بالغير»، وقال الدميري: عبارة «المحرّر»: «غير»، وكأنَّ الراء تصحّفت على المصنف بالنون فَعَبَّرَ عنها بـ«النَّفس». فإن قيل: التعبير بـ«النفس» لا يستقيم؛ لأن «على» والباء يدخلان على المأخوذ، و «من» و «عن» على المتروك، أجيب: بأن ذلك جرى على الغالب كما مَرَّتِ الإشارة إليه، وبأن المدَّعَى المذكور مأخوذٌ ومتروكٌ باعتبارين، غايته أن إلغاء الصُّلح في ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتِّحاد العوضين. وإنما امتنع الصلح على غير إقرار خلافًا للأئمة الثلاثة قياسًا على ما لو أنكر الخلعَ والكتابةَ ثم تصالحا على شيء، ولأن المدعي إن كان كاذبًا فقد استحلَّ من المُدَّعَى عليه ماله وهو حرام، وإن كان صادقًا فقد حرم عليه ماله الحلال، فدخل في قوله ﷺ: «إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»[1]، فإن قيل: الصلح لم يُحَرِّمِ الحلالَ ولم يحلل الحرام؛ بل هو على ما كان عليه من التحريم والتحليل، أجيب: بأن الصلح هو المُجَوِّزُ له الإقدام على ذلك في الظاهر، وأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ فسيأتي.

ولو أقيمت عليه بينةٌ بعد الإنكار جاز الصلح كما قاله الماوردي؛ لأن لزوم الحَقِّ بالبينة كلزومه بالإقرار. ولو أقرّ ثم أنكر جاز الصُّلح. وإذا تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على إقرار أو إنكار، فالذي نصَّ عليه الشافعي أن القول قول مدَّعي الإنكار؛ لأن الأصل أن لا عقد، فإن قيل: لو تنازع المتعاقدان هل وقع العقد صحيحًا أو فاسدًا كان القولُ قولَ مدَّعي الصحة كما مرَّ، فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة، والغالب وقوع الصلح على الإنكار. ولو ادَّعَى عليه عينًا فقال: «رَدَدْتُهَا عليك» ثم صالحه قال البغوي في «فتاويه»: «إن كانت في يده أمانة لم يَصِحَّ الصلح؛ لأن القولَ قولُهُ فيكون صلحًا على إنكار، وإن كانت مضمونة فقوله

---

(١) انظر الحديث ما قبل السّابق.

وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الأَصَحِّ، . . . .

في الرَّدِّ غير مقبول وقد أقرّ بالضمان فَيَصِحُّ الصلح، ويحتمل بطلانه فإنه لم يقرّ أن عليه شيئًا». انتهى، والأول أظهر. وإن صالح على الإنكار فإن كان المدّعي مُحِقًّا فيحلّ له فيما بينه وبين الله تعالىٰ أن يأخذ ما يبذل له؛ قاله الماوردي، وهو صحيحٌ في صلح الحطيطة وفيه فرض كلامه. وأمَّا إذا صالح عن غير المُدَّعَى ففيه ما يأتي في مسألة الظفر؛ قاله الإسنوي، قال: ولو أنكر فصُولح ثم أقرّ كان الصلح باطلًا قاله الماوردي. فإن قيل: إذا أقرّ بأنه كان ملكًا للمصالح حال الصلح فينبغي الصحة؛ لاتفاقهما على أن العقد جرى بشروطه في علمهما أو في نفس الأمر، أجيب: بأن شرط صحة الصلح الإقرار وهو مُنْتَفٍ حال العقد.

ويصحّ إبراء المنكر ولو بعد التحليف، ولو تصالحا بعد التحليف لم يَصِحَّ كما لو تصالحا قبله.

(وكذا) يبطل الصلح **(إن جرى على بعضه في الأصح)** أي المُدَّعَى؛ كما لو كان على غير المُدَّعَى. والثاني: يصح؛ لاتفاقهما على أن البعض مُسْتَحَقٌّ للمُدَّعِي ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق، واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ. ويستثنَى من محل الوجهين ما إذا كان المُدَّعَى دينًا وتصالحا عن ألفٍ على خمسمائة في الذِّمَّةِ فإنه لا يصح جزمًا؛ لأن الصحيح إنما هو تقدير الهبة وإيراد الهبة، على ما في الذمة ممتنع، بخلاف ما إذا صالحه على خمسمائة معينة فإنه لا يصح في الأصح.

[المسائل المستثناة من بطلان الصُّلح على الإنكار]

ويستثنَى من بطلان الصلح على الإنكار مسائل:

منها: اصطلاح الورثة فيما وقف بينهم كما سيأتي إذا لم يبذل أحدٌ عوضًا من خالص ملكه.

ومنها: ما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار، أو طَلَّقَ إحدى زوجتيه ومات قبل البيان أو التعيين ووقف الميراث بينهن فاصطلحن.

وَقَوْلُهُ: «صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا»، لَيْسَ إِقْرَارًا فِي الأَصَحِّ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ قَالَ: «وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ، وَهُوَ مُقِرٌّ لَكَ» صَحَّ، ....

ومنها: ما لو تداعيا وديعةً عند رجل فقال: «لا أعلم لأيِّكما هي»، أو دارًا في يدهما فأقام كُلٌّ بينةً ثم اصطلحا.

[حكم ما لو قال بعد إنكاره: «صالحني على الدار التي تدعيها»]

(وقوله) بعد إنكاره: (صالحني على الدار) مثلًا (التي تدعيها ليس إقرارًا في الأصح)؛ لاحتمال أن يريد قطع الخصومة لا غير. والثاني: إقرار لتضمنه الاعتراف؛ كما لو قال: «مَلِّكْنِي»، ودُفِعَ بما مرَّ، وعلى الأوَّل يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. أما إذا قال ذلك ابتداءً قبل إنكاره فإنه يبطل جزمًا. ولو قال: «بعني العين التي تدّعيها» أو «هبنيها» أو «زوجني هذه الأَمَةَ» أو «أبرئني مما تدعيه» فإقرارٌ؛ لأنه صريح في التماس التَّمَلُّكِ. أو قال: «أعرني» أو «أجِّرني» لم يكن إقرارًا في أحد وجهين يظهر ـ كما قال شيخنا ـ ترجيحه؛ لأن الإنسان قد يستعير ملكه ويستأجره من مُسْتَأْجِرِهِ، ولكن يظهر ـ كما قال شيخنا أيضًا ـ أنه إقرار بأنه مالكٌ للمنفعة. ولو قال: «صالحني عن دعواك» فليس بإقرار جزمًا.

[النَّوع الثَّاني: الصُّلح الذي يجري بين المدَّعي والأجنبي]

(القسم الثاني) من الصُّلح: (يجري بين المُدَّعِي والأجنبي، فإن قال) الأجنبي: (وَكَّلَنِي المُدَّعَى عليه في الصلح) عن المُدَّعَى به، (وهو مُقِرٌّ لك) به في الظاهر، أو «فيما بيني وبينه»، ولم يظهره خوفًا من أخذ المالك له كما صرَّح بالقسمين في «المحرّر» (صحّ) الصُّلح بينهما؛ لأن دعوى الإنسان الوكالةَ في المعاملات مقبولة، ومحلّه ـ كما قال الإمام والغزالي ـ إذا لم يَدَّعِ المدعَى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة، فإن ادَّعاه كان عزلًا فلا يصح الصُّلح عنه. ثم إن كان المُدَّعَى عينًا وصالح على بعض المُدَّعَى أو على عين للمُدَّعَى عليه أو على دين في ذِمَّةِ المُدَّعَى عليه صحَّ وصار المصالح عنه ملكًا للموكِّل له إن كان الأجنبي صادقًا في الوكالة، وإلَّا فهو شراء

وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ. . . . .

فضوليّ، وقد مرّ حكمه في كتاب البيع. ويَرِدُ على إطلاق اعتبار الإقرار ما لو قال الأجنبي: «وَكِّلْنِي في المصالحة لقطع الخصومة، وأنا أعلم أنه لك» فإنه يصحّ الصُّلح في الأصح عند الماوردي، وجزم به في «التنبيه»، وأقرّه في «التصحيح»، وجريت عليه في «شرحه». قال في «الروضة»: ولو قال: «هو منكرٌ ولكنه مبطلٌ فصالحني له على عبدي هذا لتنقطع الخصومة بينكما» وكان المُدَّعَى دينًا، فإن المذهب صحّة الصُّلح، وإن كان المُدَّعَى عينًا لم يَصِحَّ على الأصح، والفرق: أنه لا يمكن تمليك الغير عينَ مال بغير إذنه، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه. ولو صالح الوكيل على عين من مال نفسه، أو على دين في ذمته بإذنه صحَّ العقد ووقع للآذن، ويرجع المأذون عليه بالمثل في المثليّ والقيمة في المتقوِّم؛ لأن المدفوع قرضٌ لا هبةٌ.

وخرج بقول المصنف: «وَكِّلَنِي. . . إلى آخره» ما لو تركه فهو شراء فضوليّ فلا يصح كما مرَّ. وبقوله: «وهو مقرّ لك» ما لو اقتصر على قوله: «وَكِّلَنِي في مصالحتِكَ» فلا يصحّ بناءً على الأصح في أن قوله: «صالحني عمّا تدّعيه» ليس إقرارًا. ولو كان المُدَّعَى دينًا فقال الأجنبي: «وَكِّلَنِي المُدَّعَى عليه بمصالحتك على نصفه أو ثوبه» فصالحه صحَّ كما لو كان المُدَّعَى عينًا. أو: «على ثوبي هذا» لم يصحّ؛ لأنه بيع شيء بدين غيره، وهذا هو المعتمد كما جزم به ابن المقري تبعًا للمصنف، خلافًا للزركشي ومن تبعه في التسوية بين الدَّين والعين.

تنبيه: يَرِدُ على إطلاق المصنف اعتبار التوكيل ما لو قال الأجنبي: «صالحني عن الألف الذي لك على فلانٍ على خمسمائة» فإنه يَصِحُّ سواء أكان بإذنه أم لا؛ لأنه قضاء دين غيره بغير إذنه جائز؛ قاله في «زيادة الروضة».

(ولو صالح) الأجنبي عن العين **(لنفسه)** بعينِ ماله أو بدينٍ في ذمته **(والحالة هذه)** أي أن الأجنبي قائلٌ بأنه مُقِرٌّ لك بالمُدَّعَى أو نحو ذلك مما مرَّ **(صحَّ)** الصُّلح للأجنبي وإن لم تَجْرِ معه خصومة؛ لأن الصلح تَرَتَّبَ على دعوى وجواب، خلافًا للجويني في قوله: «يأتي فيه الخلاف فيما إذا قال من غير سبق خصومة: صالحني». **(وكأنه اشتراه)**

وَإِنْ كَانَ مُنْكِرًا وَقَالَ الأَجْنَبِيُّ: «هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ» فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: «هُوَ مُبْطِلٌ» لَغَا الصُّلْحُ.

بلفظ الشراء. أما إذا صالح الأجنبيّ عن الدين ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه، ولو قال: «صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائةٍ» صَحَّ ولو بلا إذنٍ؛ لجواز الاستقلال بقضاء دين الغير كما مرَّ.

تنبيه: أشار المصنف بقوله: «وكأنه اشتراه» إلى اشتراط كونه بيد المدعَى عليه بوديعة أو عاريَّة أو نحو ذلك مما يجوز بيعه معه، فلو كان مبيعًا قبل القبض لم يصحَّ. وعبارة «الروضة»: «كما لو اشتراه»، قال ابن الملقن: «وهي أَوْلَى من عبارة الكتاب؛ لأنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه». انتهى، والظاهر ـ كما قال ابن شهبة ـ أن التشبيه في كلا العبارتين، فليست إحداهما أَوْلَى من الأخرى.

(وإن كان) المُدَّعَى عليه **(منكرًا وقال الأجنبي: هو مبطل في إنكاره)**؛ لأنك صادق عندي فصالحني لنفسي، فإن كان المُدَّعَى به عينًا **(فهو شراءُ مغصوبٍ، فَيُفَرَّقُ بين قدرته على انتزاعه)** فيصحّ، **(وعدمها)** فلا يصح، ويكفي للصحة قوله: «أنا قادر على انتزاعه». وإن كان المُدَّعَى به دينًا ففيه الخلاف السابق. أما إذا صالحه على المدعَى عليه لتنقطع الخصومة عنه؛ كأن قال: «صالحني له بعبدي هذا» صحَّ الصُّلح عن الدين لا عن العين؛ لأنه لا يمكنه أن يُمَلِّكَ غيره عينًا بغير إذنه بخلاف قضاء دينه كما مرَّ. **(وإن لم يقل: «هو مبطل»)** مع قوله: «هو منكر» وصالح لنفسه أو للمُدَّعَى عليه **(لغا الصُّلح)**؛ لأنه اشترى منه ما لم يثبت ملكه له.

تنبيه: شمل كلامه امتناع ثلاث صور:

إحداها: أن يقول هو مُحِقٌّ، **الثانية:** لا أعلم حاله، **الثالثة:** لم يذكر شيئًا، وهذه الثالثة قال الإسنوي: لم يُصَرِّحْ بها في «الروضة» ولا في أصلها، وقال السبكي: «إن الأمر فيها كما يفهمه إطلاق الكتاب».

ولو وقف مكانًا وأقرّ به لِمُدَّعٍ له غرم له قيمته؛ لإحالته بينه وبينه بوقفه، فإن أنكر وصالح عنه أجنبي جاز الصُّلح؛ لأنه بذلُ مالٍ في قربة. ولو صالح متلف العين مالكها

. . . .

نُظر: فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجَّلٍ لم يصح الصُّلح؛ لأن الواجب قيمة المُتْلَفِ حَالَّةً، فلم يصح الصلح على أكثر منها ولا على مؤجّل لما في ذلك من الربا، وإن كان بأقلَّ من قيمتها أو بأكثر بغير جنسها جاز لفقد المانع. ولو أقرّ بِمُجْمَلٍ فصالح عنه وهما يعرفانه صحّ الصُّلح وإن لم يسمه أحدٌ منهما؛ كما لو قال: «بعتُكَ الشيء الذي أعرفه أنا وأنت».

ولو وكّل المنكر في الصلح عنه أجنبيًّا جاز كما قاله أبو العباس وجرى عليه ابن المقري؛ لأن الإنكار حرامٌ للكذب والإضرار، فإن أراد إزالة الضرر جاز كمن أذنب ذنبين وأراد التوبة من أحدهما، وكالوارث يجهل أمر التركة فله التوكيل في الصُّلح لإزالة الشبهة عنه، وقيل: لا يجوز، وجرى عليه أبو إسحاق؛ لأنه مع الإنكار ألجأ إلى بيعه منه، ولا يحل لأحد أن يلجىء غيره إلى بيع ماله. وإنكار حق الغير حرام، فلو بذل للمنكر مالاً ليقرّ بالمُدَّعَى ففعل لم يصحّ الصلح لبنائه على فاسد، ولا يلزم المال، وبذله لذلك وأخذه حرام، ولا يكون مقرًّا بذلك في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما جزم به ابن كج وغيره.

* * *

٦ـ فصلٌ [في التَّزاحم على الحقوق المشتركة]

الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ، وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ؛ بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا، . . . .

(فصلٌ) في التَّزاحم على الحقوق المشتركة

[حكم إشراع الجناح والسَّاباط في الطريق النافذ]

(الطريق النافذ) بمعجمة، ويعبر عنه بـ«الشارع»، وقيل: بينه وبين الطريق اجتماع وافتراق؛ لأنه يختصُّ بالبنيان ولا يكون إلَّا نافذًا، والطريقُ يكون ببنيان وصحراء، ونافذًا وغير نافذ، ويذكّر ويؤنَّث. (لا يُتَصَرَّفُ فيه) ـ بالبناء للمفعول ـ (بما يضرّ المارّة[1]) في مرورهم فيه؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة. وتعبير المصنف بـ«ما يضرّ» أَوْلَى من قول «المحرّر»: «بما يبطل المرور»؛ لأن كُلَّ ما أبطل المرور ضرّ بخلاف العكس، فعبارة المصنف أعمّ؛ نبّه عليه في «الدّقائق».

(و) على هذا (لا يشرع) أي يخرج (فيه جناح) أي روشن، (ولا ساباط) أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما (يضرُّهم) أي كلٌّ من الجناح والسَّاباط لما تقدّم؛ (بل يشترط ارتفاعه) أي كُلٍّ منهما (بحيث يمرُّ تحته) الماشي (مُنْتَصِبًا[2]) من غير احتياج إلى

---

(١) أي ضررًا لا يحتمل عادة، وقوله: «لا يضرُّ» هذا كلُّه في غير هواء المسجد وما ألحق به، أما هواء المسجد وما ألحق به ـ كمدرسة ورباط ـ فلا يجوز، وأما المقبرة فالأقرب أن ما حرم البناء فيها ـ بأن كانت موقوفة أو اعتاد أهل البلد الدفن فيها ـ حرم الإشراع في هوائها بخلاف غيرها. ولو أشرع إلى ملكه ثم سَبَّلَ ما تحت جناحه وهو يضر بالمارة أُمِرَ برفعه؛ أي إزالته على ما بحثه الزركشي؛ «شرح م ر» ملخَّصًا، أما لو وقف ما تحته مسجدًا ونحوه أو مقبرة وجب الهدم مطلقًا؛ أي سواء ضَرَّ المارَّة أو لا، والفرق: أن هذه الأماكن يمتنع الإشراع إليها مطلقًا ولا كذلك الشارع. انتهى «ع ش».
انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في الصلح، (٣/ ١٢٢) باختصارٍ.

(٢) انظر لو رفعه ثم علا الطريقُ هل يُهدم نظرًا لتضرر المارَّة حينئذ، أو لا نظرًا لوضعه بحقٍّ؟ «شوبري»، قال «أ ج»: يجب عليه رفع ما يضر المسلمين من إزالته أو قطع الأرض؛ إذ الانتفاع بالشوارع مشروط بسلامة العاقبة؛ قاله شيخنا، قلت: ولو قيل بوجوب قطع الأرض على الإمام لم يبعد؛ =

وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ.

أن يطأطىء رأسه؛ لأن ما يمنع ذلك(١) إضرار حقيقي. ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحُمولة(٢) العالية كما قاله الماوردي، وأن لا يظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعي وأكثر الأصحاب، ولا عبرة بالإظلام الخفيف. ولو أحوج الإشراع إلى وضع الرُّمح على كتف الراكب بحيث لا يتأتَّى نصبه لم يضرّ؛ لأن وضعه على كتفه لا ضرر فيه.

(وإن كان مَمَرَّ الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يَمُرُّ تحته المَحْمِلُ) ـ بفتح الميم الأُولى وكسر الثانية ـ (على البعير مع أخشاب المِظَلَّةِ(٣)) ـ بكسر الميم كما في «الدَّقائق» ـ فوق المَحْمِلِ؛ لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادرًا. والأصل في جواز ذلك: «أنه ﷺ نصب بيده ميزابًا في دار عمّه العباس»(٤) رواه الإمام أحمد والبيهقي،

= تأمل «أ ج». ومثله ما إذا لم يكن مَمَرَّ فرسان وقوافل فصار كذلك، فيكلف رفعه كما ذكره «ع ش» على «م ر»، وقال: فإنه يؤخذ من كلام «م ر»، ويؤيده ما ذكروه في الجنايات من أنه لو بنى جداره مستقيمًا ثم مال، فإنه يطالب بهدمه أو إصلاحه مع أنه وضعه في الأصل بحقٍّ، ولا يشكل مطالبته بهدمه بأنه لو انهدم بنفسه فأتلف شيئًا لا يضمنه مُعَلِّلِينَ له بأنه وضع بحق؛ لأنا نقول: لا يلزم من عدم الضمان عدم المطالبة؛ لأن المطالبة لدفع الضرر المتوقَّع. انتهى «عزيزي» نقلًا عن «ع ش».
انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الصلح، (٣/ ١٢٣).

(١) أي مرور الماشي تحته منتصبًا.

(٢) بضمّ الحاء: اسمٌ للحمل الذي على البعير، وهو خشب في جانب البعير يركب فيه. والحُمول ـ بالضم بلا هاء ـ: اسم للإبل التي عليها الهوادج.

(٣) وهي أعواد مرتفعة فوق المحمل يوضع عليها سترة تقي الراكب من الحَرّ والبرد.

(٤) أخرجه أحمد في «مسنده»، حديث العبَّاس بن عبد المطلب عن النبيِّ ﷺ / ١٧٩٠/ عن عبيد الله بن عبَّاس بن عبد المطلب؛ أخي عبد الله قال: «كان للعبَّاس ميزاب على طريق عمر بن الخطَّاب، فلبس عمر ثيابه يوم الجمعة، وقد كان ذُبح للعبَّاس فرخان، فلمَّا وافى الميزاب صُبَّ ماء بدم الفرخين، فأصاب عمر وفيه دم الفرخين، فأمر عمر بقلعه، ثمَّ رجع عمر فطرح ثيابه ولبس ثيابًا غير ثيابه، ثمَّ جاء فصلَّى بالنَّاس، فأتاه العبَّاس فقال: والله إنَّه لَلْمَوضِعُ الذي وضعه النبيّ ﷺ. فقال عمر للعباس: وأنا أعزم عليك لما صعدت على ظهري حتَّى تضعه في الموضع الذي وضعه رسول الله ﷺ. ففعل ذلك العبَّاسُ».
قال محقِّقه العلَّامة أحمد محمد شاكر: إسناده ضعيف لانقطاعه. =

. . . .

وقال[١]: «إن الميزاب كان شارعًا[٢] لمسجده ﷺ».

ولو كان له داران في جانبي الشارع، فحفر تحت الطريق سردابًا من إحداهما إلى الأخرى وأحكم أَزَجَهُ بحيث يؤمن الانهيار لم يمنع؛ لأنه لا فرق بين أن يرتفق بهذا الطريق أو بما تحته من غير ضرر على المارّين، بخلاف المفسد المملوك فليس له ذلك بغير إذن أهله كما يؤخذ مما سيأتي في وضع الجناح بغير إذن أهله، فإن فعل ما منع منه أزيل لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ[٣] وَلَا ضِرَارَ[٤] فِي الإِسْلَامِ»[٥] رواه ابن ماجه وغيره، وهو حسن، والمزيلُ له الحاكم[٦] لا كُلُّ

= وأخرجه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»، كتاب الصلح، باب نصب الميزاب وإشراع الجناح /١١٣٦٣/ قريبًا من لفظ أحمد رحمه الله تعالى.
وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»، كتاب الصلح /١٢٤٧/ وقال: أخرجه أحمد من حديث عبيد الله بن عبّاس ثمَّ ذكر الحديث، وذكر ابن أبي حاتم: أنَّه سأل أباه عنه فقال: هو خطأ. ورواه البيهقيُّ من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة.

(١) أي البيهقي، ولكن في «شرح الروض»: «زاد الحاكم» فيكون ضمير «قال» له.

(٢) أي في شارع، وذلك الشارع طريق مسجده ﷺ.

(٣) أي لا تضرَّ نفسك.

(٤) أي لا تضرَّ غيرك.

(٥) أخرجه ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقِّه ما يضرُّ بجاره /٢٣٤٠/ عن إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت.
قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: حديث عبادة إسناده رجاله ثقات إلَّا أنَّه منقطع؛ لأنَّ إسحاق بن الوليد؛ قال الترمذيُّ وابن عديّ: لم يدرك عبادة بن الصامت، وقال البخاريُّ: لم يَلْقَ عبادة.
وأخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع /٣٠٦٠/ عن أبي سعيد الخدريِّ رضي الله عنه.
وذكره النوويُّ في «المجموع»، كتاب الحجِّ، (١٤٦/٨)، وقال: هو حديث حسن من رواية أبي سعيد الخدريِّ.

(٦) وكذا غيره إن أمن الفتنة أخذًا مما بعده.
فائدة: نقل الغزيُّ عن «الكافي» أنه لا يشترط في الجناح المخرج قَدْرٌ، ويشترط في الميزاب أن لا يجاوز نصف السِّكة، ووجَّهه الغزي: بأن الجناح قد لا يحتاج إليه وبفرضه هو نادر؛ بخلاف الميزاب فإنه كُلًّا من المتجاوزين يحتاج إليه لإخراج الماء، فمجاوزة أحد المتجاوزين بميزابه لنصف السِّكة مبطل لحق الآخر المقابل له، ونظر فيه ابن حجر وقال: فالوجه جواز إخراجه ما لم=

. . . .

أحدٍ[١]؛ لما فيه من توقُّع الفتنة؛ لكن لكلِّ أحدٍ مطالبته[٢] بإزالته لأنه من إزالة المنكر.

تنبيه: ما أفهمه من جواز إخراج الجناح غيرِ المُضِرِّ هو في المسلم، أما الكافر فليس له الإشراع إلى شوارع المسلمين على الصحيح وإن جاز استطراقه؛ لأنه كإعلاء البناء[٣] على المسلم في المنع، قال في «المطلب»: وسلوك أهل الذمة طرقات المسلمين ليس على استحقاق ملك؛ بل إما بطريق التَّبَعِ للمسلمين، أو بما يبذلونه من الجزية إذا قلنا: «إنها في مقابلة سكنى الدار». ويجري الخلاف في آبار حُشُوشِهِمْ[٤] إذا أرادوا حفرها في أفنية دورهم[٥]، قال الأذرعي: «ويشبه أن لا يُمنعوا من إخراج الجناح ولا من حفر آبار حشوشهم في محالِّهم وشوارعهم المختصة بهم[٦] في دار الإسلام كما في رفع

= يترتب عليه ضرر لملك الجار؛ سواء أجاوز النصف أم لا. ومَثَّلَ «سم» في «حاشيته» عليه الضرر: بأن يصيب ماؤه جدار الغير بحيث يعيبه أو يتلفه. انتهى «ع ش» على «م ر».
انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الصلح، (٣/ ١٢٥).

(١) فلو أزاله آحادُ الناس لم يضمن؛ بل يعزر فقط؛ لأن فيه افتياتًا على الإمام؛ أي تعديًا عليه.

(٢) الضمير عائد إلى الحاكم؛ أي مطالبة الحاكم، لا على المشرع. انتهى «مدابغي»؛ لكن المتبادر رجوعه للمشرع.

(٣) يؤخذ من تعليلهم أنه ـ أي الكافر ـ يمنع من إخراج الجناح في الدرب غير النافذ وإن كان شريكًا ورضي أهله؛ «زي». وقوله: «كإعلاء البناء على المسلم» ظاهره عدم المنع من المساواة، والأصح المنع منها أيضًا تمييزًا بينهما، والظاهر أنه يمنع من ذلك وإن كان بناء المسلم قصيرًا وقدر على رفعه بلا مشقة، نعم يتَّجه ـ كما قال البلقيني ـ تقييده بما إذا اعتيد مثله للسُّكنى وإلا لم يكلف الذمي النقص عن أقل المعتاد وإن عجز المسلم عن تتميم بنائه، وذلك لِحَقِّ الله فلا يباح برضا الجار. انتهى «شرح م ر».

(٤) أي حفر آبارحشوشهم، جمع «بئر» وهو المكان الذي ينزل فيه البول والغائط، وهي الحاصل الذي تحت بيت الراحة؛ المسمَّى الآن بالقصبة. وقوله: «حشوشهم» هي بيوت الأخلية؛ «ق ل».

(٥) أي المسلمين بدليل ما بعده «أ ج»؛ لكن في «سم» على «حج»: المراد دورهم التي بين دور المسلمين، وعليه فالضمير للكفار، وكلٌّ صحيح كما قاله شيخنا العشماوي، والفناء ما حول الدار، فالمراد بالأفنية ما قدام دور المسلمين.
انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، (٣/ ١٠٢).

(٦) بأن لا يساكنهم فيها مسلم؛ «ق ل» على «المحلِّي».

. . . .

البناء»[١]، وهو بحث حسن.

وقضية إطلاق المصنف جواز إخراج الجناح إلى الطريق بشرط أنه يجوز إخراج جناح تحت جناح صاحبه إذ لا ضرر، أو فوقه إن لم يضرّ بالمارِّ على جناح صاحبه، أو مقابله إن لم يبطل انتفاع صاحبه، وكذا موضعه أيضًا إذا انهدم أو هدمه، وإن كان على عزم إعادته ولو بحيث لا يمكن معه إعادته، وهو كذلك؛ كما لو قعد لاستراحةٍ ونحوها في طريقٍ واسعٍ ثم انتقل عنه يجوز لغيره الارتفاق به ويصير أحقّ به، فإن قيل: قياس اعتبار الإعراض في القعود فيه للمعاملة بقاءُ حقّه هنا إذا عاد إليه كما بحثه الرافعي، أجيب: بأن إشراع الجناح إنما يكون بطريق التَّبَعِ لاستحقاق الطُّروق، وعند سقوط استحقاق الطروق ثابت لكل المسلمين، فذلك من سبق كان أحقَّ به لمشاركته في السبب، والانتفاعُ بالمقاعد ليس تبعًا لغيره، فلذلك من سبق كان أحقَّ به ما لم يعرض عنه، وبأن المعاملة لا تدوم؛ بل الانتقال عنها ثم العود إليها ضروريٌّ فاعتبر الإعراض بخلاف ما هنا فاعتبر الانهدام، نعم يستثنى من ذلك ما لو بنى دارًا في موات وأخرج لها جناحًا ثم بنى آخرُ دارًا تحاذيه واستمرَّ الشارع، فإن حقّ الأول يستمر، وإن انهدم جناحه فليس لجاره أن يخرج جناحه إلَّا بإذنه لِسَبْقِ حقّه بالإحياء، ومن سبق إلى أكثر الهواء بأن أخذ أكثر هواء الطريق لم يكن للآخر منعه. وحكم الشارع الموقوف حكم غيره فيما مرَّ كما اقتضاه كلام الشيخين وإن توقَّف فيه في «المطلب».

والطَّريقُ ما جعل عند إحياء البلد أو قبله طريقًا، أو وَقَفَهُ المالك ولو بغير إحياء

---

(١) أي ابتداءً، أما الدوام فيغتفر؛ كأن اشترى دار مسلم عالية فيجوز إبقاؤها؛ لأنها وضعت بحق؛ بخلاف ما لو بناها عالية ثم اشتراها المسلم فتهدم؛ لأنها وضعت بغير حق، فلو أسلم هو هل تبقى أو لا؟ الراجح لا تبقى، واعتمد «م ر» أنها تبقى ترغيبًا له في الإسلام. وهذا حكم الروشن للكافر. أما فتح الباب للكافر فإن كان الطريق غير نافذ وفيه مسجد قديم أو نافذ جاز فتح الباب له من غير عوض، وأما إذا كان الدرب مشتركًا وليس فيه مسجد قديم جاز فتح الباب أيضًا بشرط عدم الضرر والإذن، وأما الأوَّل فشرطه عدم الضرر فقط، ويجوز في هذا الثاني أخذ العوض على الفتح دون الأوَّل.

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الصلح، (٣/ ١٢٥).

. . . .

كذلك، وصَرَّحَ في «الروضة» نقلًا عن الإمام بأنه لا حاجة في ذلك إلى لفظ، قال في «المهمات»: «ومحلّه فيما عدا ملكه(١)، أما فيه فلا بدّ من لفظٍ يصير به وقفًا على قاعدة الأوقاف». انتهى، وهذا ظاهرٌ. وحيث وجدنا طريقًا اعتمدنا فيه الظاهر(٢)، ولا يلتفت(٣) إلى مبدأ جعله طريقًا، فإن اختلفوا(٤) عند الإحياء في تقديره قال المصنف: جعل سبعة أذرع؛ لخبر الصَّحيحين عن أبي هريرة رضي الله تعالىٰ عنه: «قَضَى رَسُولُ الله ﷺ عِنْدَ الاخْتِلَافِ في الطَّرِيْقِ أَنْ يُجْعَلَ عَرْضُهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ»(٥). وقال الزركشي: «مذهب الشافعي اعتبار قدر الحاجة، والحديث محمول عليه»(٦). انتهى، وهذا ظاهر. فإن كان أكثر من سبعة أو من قدر الحاجة على ما مرَّ(٧) لم يَجُزْ لأحد أن يستوليَ على شيء منه وإن قَلَّ(٨)، ويجوز إحياء ما حوله من الموات بحيث لا يضر بالمَارِّ. أما إذا كانت الطريق مملوكة(٩) يُسَبِّلُهَا مالكها فتقديرها إلى خيرته، والأفضل له توسيعها.

---

(١) وهو الموات؛ لأنه يكفي في الوقف فيه النية ولو لمسجد أو نحوه؛ «ق ل».

(٢) أي والظاهر أنهم فعلوه كذلك من أول الأمر، فلا يوسَّع وإن كان ضيقًا.

(٣) أي لا ينظر لأصل وضعه ولا يبحث عنه بكونه مواتًا في الأصل، فتكون الطريق سبعة أذرع أو قدر الحاجة.

(٤) أي المشتركون في الإحياء مثلًا، وهو مقابل لمحذوف؛ أي ثم إن اتفقوا فهو ظاهر، وإن اختلفوا. . . إلى آخره، ومفهومه أنهم لو اتفقوا على أقلَّ من ذلك جاز، وهو كذلك.

(٥) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب المظالم، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء / ٢٣٤١/ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قَضَى النبيُّ ﷺ إذا تشاجروا في الطَّريق بسبعة أذرع».
وأخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه / ٤١٣٩/ عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «إذا اختلفتم في الطَّريق جُعِلَ عرضه سبع أذرعٍ».

(٦) أي على قدر الحاجة.

(٧) أي من الخلاف في قدر الطريق المتقدِّم قريبًا في كونها سبعة أذرع أو بقدر الحاجة.

(٨) أي الشَّيءُ، أما من ترابه فيجوز مع الكراهة؛ بخلاف تراب السور فيحرم؛ لأن شأن أخذ تراب السور أن يضرَّ؛ بخلاف تراب الطريق، ويجوز أخذ تراب الخليج؛ بخلاف طين البرك الموقوفة أو المملوكة إلا بإذن أصحابها أو ظَنِّ رضاهم.

(٩) هذا مقابل قوله: «فإن اختلفوا عند الإحياء في تقديره. . . إلى آخره».

وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، ....

[حكم الصُّلح على إشراع الجناح]

(ويحرم الصُّلح على إشراع الجناح) أو السَّاباط بعوضٍ[١] وإن صالح عليه الإمامَ[٢]؛ لأن الهواء لا يفرد بالعقد، وإنما يتبع القرار؛ كالحمل عن الأُمِّ، ولأنه إن ضرّ لم يَجُزْ فعله، وإن لم يضرَّ فالمُخْرِجُ مُسْتَحِقُّهُ، وما يستحقُّهُ الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ العوض عنه؛ كالمرور.

[حكم بناء الدَّكَّةِ وغرس الشجر في الطَّريق النافذ]

(و) يحرم (أن يبنى في الطريق دَكَّةً) ـ بفتح الدال؛ أي مصطبة ـ أو غيرها[٣].

(١) هذا ظاهرٌ في الروشن، وكذا الساباط إذا كان العوض على أصل إخراجه، وأما صاحب الجدار فله أخذ العوض على وضع الخشب على جداره. وهذا عامٌّ سواء كان الروشن في نافذٍ أو غيره، وأما الصلح على فتح الباب بعوضٍ فجائزٌ في غير النافذ دون النافذ؛ لأن الحَقَّ فيه لعموم المسلمين.

(٢) مفعول به؛ أي صالح مخرجُهُ الإمامَ.

(٣) كدعامةٍ لجداره، وما ذكره في الدَّكَّة ونحوها هو المعتمد وإن كانت لعموم المسلمين، وأما غرس الشجرة وحفر البئر، فإن كانت لعموم المسلمين ولم تضرَّ بالمارَّة جاز وإلا امتنع، وغرس الشجرة وحفر البئر في نحو المسجد كذلك؛ «ق ل». قال «حج»: «لو جعل الدَّكَّة للصلاة ولا ضرر بوجه جازت»، وقال: «إن البئر فيه لعموم المسلمين جائزة؛ بخلاف الشجرة»، وفَرَّقَ، والفرقُ: أن الحاجة للماء آكد؛ «سم». وتلخَّص أن المعتمد المنع من الشجرة والدَّكَّة مطلقًا في الشارع ولو بإذن الإمام، اتسع أم لا ما لم يَقِفْهَا مسجدًا. انتهى «زي»، وجاز حفر البئر فيه ولو لمصلحة نفسه بإذن الإمام حيث لا ضرر. انتهى «أج».

والمعتمد أنه لا يجوز حفر البئر فيه إلَّا بشرطين: أن تكون لعموم المسلمين، وأن لا يحصل بها ضرر للمارَّة. فإذا قصد نفسه بالغرس كان متعديًا، فيقلع مجانًا، وتلزمه أجرته مدة الغرس لمصالح المسجد؛ كما لو وضع فيه ما لا يجوز وضعه فيه؛ أي كالخزائن. وكالمسجد في ذلك ما هو من توابعه كفسقيَّته وحريمه، ومعلوم أن ذلك حيث علم ما ذكر، فإن لم يُعلم ـ كأن وجدنا شجرًا فيه ولم نعلم ما قصد به واضعه ـ حمل على أنه لعموم المسلمين فينتفعون بثمره، وما بقي بعد الثمر مما جرت العادة بقطعه من نحو جريد فإنه يكون لمصالح المسجد. انتهى «ع ش».

تنبيه: عُلِمَ من هذا حرمةُ وضع الخزائن في المسجد إلا بقدر الحاجة أو لعموم المسلمين ولا ضرر، ويلزم الواضع الأجرة حيث امتنع عليه الوضع، وعبارة المناوي في «أحكام المساجد»: ويجوز بناء المسجد في الشارع إن لم يضرَّ بالمارَّة، فلو تعثر به إنسان أو بهيمة أو سقط نحو جداره أو عموده أو=

أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً، ....

(أو يغرس شجرة) ولو اتسع الطريق وأذن الإمام وانتفى الضَّرر؛ لمنع الطروق في ذلك المَحَلِّ، ولتعثُّر المَارِّ بهما[1] عند الازدحام، ولأنه إذا طال به الزَّمانُ[2] أشبه موضعهما الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه، بخلاف الأجنحة ونحوها[3]. واستشكل التعليل الأول: بجواز غَرْسِ الشجرة بالمسجد مع الكراهة، والثاني: بجواز فتح الباب إلى درب مُنْسَدٍّ إذا سمّره، وأجيب عن الأول: بأن محلّ جواز غرس الشجرة بالمسجد إذا كان لعموم المسلمين؛ بدليل أنهم لا يُمنعون من الأكل من ثمارها، وقضيته جواز مثل ذلك في الشارع حيث لا ضرر، وهو كذلك، وعن الثاني: بأن الحَقَّ في الدرب المُنْسَدِّ لخاصٍّ، وهو قائم على ملكه وحافظ له بخلاف الشارع، فانقطاع الحق عند طول المُدَّةِ أقرب.

= قنديله على شيء فأتلفه فلا ضمان وإن بُني بغير إذن الإمام. انتهى. ويكره غرس الشجر في المسجد كما في «الروضة»، قلت: وهو محمول على ما إذا لم يضر بالمسجد أو بالمصلين، ولم يقصد بها نفسه وإلا حرم، فإن غرس قلع، والقالع له الإمام أو نائبه دون الآحاد؛ سواء حرم غرسه أو كره؛ لأن له إزالة المكروه، نعم ما غرس ليكون للمسجد ولا ضرر فيه لا يجوز قطعه لأنه ملك المسجد؛ قاله القاضي، وينبغي تقييده بما إذا كان له ثمر ينتفع به المسجد وإلا قلع، والجاري على القواعد وجوب رعاية الأصلح من الإبقاء أو القلع. وثمرة ما استحقَّ القلع وغيره إن غرس للمسجد لم يجز أكلها إلا بعوض يصرفه في مصالحه، وإن كان مسبَّلًا للأكل أو جهل قصد الغارس جاز من غير عوض، ومثلها ثمرة ما في المقبرة المسبَّلة، وكجهل قصده ما إذا لم يكن له قصد، ومثله ما إذا نبتت فيه بنفسها؛ «مدابغي». قال البرماوي على «المنهج»: ولو حصلت أغصان شجرة في هواءِ مِلْكِ غيرِهِ لزمه إزالة الأغصان إلا أن يرضى صاحب الملك بتركها، فإن طالبه بذلك فلم يفعل فله تحويل الأغصان عن ملكه بتليين ونحوه، فإن لم يمكن فله قطعها ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي على الصحيح، وإن صالحه على إبقائها بعوض، فإن لم يسند الغصن إلى شيء لم يصحَّ، وإن استند فإن كان بعد الجفاف جاز، وإن كان رطبًا لم يجز؛ لأنه يزيد انتشار العروق لانتشار الأغصان، وكذلك ميل الجدار، ومنه ميل جدار بعض أهل السِّكَّة المستندة إليها، فلغير مالك الجدار هدمه وإن كانت السِّكَّة مشتركة بين مالك الجدار وبين الهادم.

انظر: حاشية البجيرميِّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الصلح، (٣/ ١٢٧).

(١) أي بالمبنيِّ والمغروس.

(٢) في نسخة البابي الحلبي: «ولأنّه إن طالت المدَّة».

(٣) كالسَّاباط.

وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ.

وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ، وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ، . . . .

(وقيل: إن لم يضرَّ) ذلك المَارَّ، (جاز) كإشراع الجناح، وفرّق الأول بما مرَّ. وقضية كلامهم منع إحداث دَكَّةٍ وإن كانت بفناء داره، وهو الظاهر كما جزم به ابن الرفعة وإن قال السبكي بجوازه عند انتفاء الضرر.

ولا يضر عَجْنُ الطين في الطريق إذا بقي مقدار المرور للناس كما قاله العبادي، ومثله إلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تُركت بقدر مُدَّةِ نقلها، أو ربط الدَّوَابِّ فيه بقدر حاجة النزول والركوب، وأما ما يُفعل الآن من ربط دوابِّ العلّافين في الشوارع للكِرَاءِ فهذا لا يجوز، ويجب على وليّ الأمر منعهم، وقد أفتيتُ بذلك مرارًا لما في ذلك من الضرر.

ولو رفع التراب من الشارع وضرب منه اللَّبِنُ وغيره وباعه صحّ مع الكراهة كما في «فتاوى القاضي».

[حكم إشراع الجناح في الطريق غير النَّافذ]

(و) الطريق (غير النَّافذ يحرم الإشراع) للجناح (إليه لغير أهله) بلا خلاف وإن لم يضرَّ بغير رضاهم؛ لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور. (وكذا) يحرم الإشراع (لبعض أهله في الأصح)؛ كسائر الأملاك المشتركة؛ تَضَرَّرُوا بذلك أم لا (إلَّا برضا الباقين)، فيجوز ضَرَّ أم لا. والثاني: يجوز بغير رضاهم إن لم يضرَّ؛ لأن كُلَّ واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه كالشَّارع. وعلى الوجهين يحرم الصُّلح على إشراعه بمالٍ لما مرَّ. ويعتبر إذن المكتري كما أفتى به البغوي، ويقاس به الموصَى له بالمنفعة. ولو رضي بعضهم لبعضٍ بذلك امتنع عليهم الرجوع كما صرّح به الماوردي؛ لأنه لا سبيل إلى قلعه مجانًا لوضعه بحقٍّ، ولا إلى قلعه مع غرم الأرش؛ لأنه شريك وهو لا يكلَّف ذلك، ولا إلى إبقائه بأجرة؛ لأن الهواء لا أجرة له كما مرَّ. وقضية ذلك أن الإخراج لو كان فيما لا حقَّ للمُخْرِجِ فيه ـ بأن كان بين باب داره وصدر السكة ـ كان

وَأَهْلُهُ: مَنْ نَفَذَ بَابُ دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لَاصَقَهُ جِدَارُهُ. وَهَلِ الِاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا الثَّانِي.

لمن رضي الرجوع ليقلع ويغرم أرش النقص، وهو ظاهر.

تنبيه: لو قال المصنف «إلَّا برضا المستحقِّين» لكان أَوْلى لوجهين:

أحدهما: ليعود الاستثناء إلى المسألة الأُولى أيضًا، وهي ما إذا كان المشرع من غير أهله، فإنه لا يصح التعبير فيها بـ«الباقين».

الثاني: لئلّا يتوهّم اعتبار إذن من بابه أقرب إلى رأس السكة لمن بابه أبعد، وهو وَجْهٌ، والأصح خلافه بناءً على استحقاق كُلٍّ إلى بابه لا إلى آخر الدرب كما يُعلم من قوله الآتي.

[أهل الطَّريق غير النَّافذ]

(وأهله) أي الدَّرْبِ غير النافذ (من نفذ باب داره إليه، لا من لاصقه جداره) من غير نفوذ بابه فيه؛ لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع، فَهُمُ المُلَّاكُ دون غيرهم.

تنبيه: لو قال: «من له المرور فيه إلى ملكه» لكان أَوْلى؛ ليشمل ما لو كان له فيه فرنٌ أو حانوتٌ أو نحو ذلك.

[الاستحقاق في الطَّريق غير النَّافذ]

(وهل الاستحقاق في كُلِّهَا) ـ أي الطريق المذكورة، وهي تذكّر وتؤنّث ـ (لِكُلِّهِمْ)؛ لأنهم ربما احتاجوا إلى التردّد والارتفاق بكلّه لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج، (أم تختصُّ شركة كُلِّ واحدٍ بما بين رأس الدرب) ـ وهو عربيّ، وقيل: معرَّب ـ (وباب داره؟ وجهان: أصحُّهما الثاني)؛ لأن ذلك القدر هو مَحَلُّ تردّده ومروره، وما عداه هو فيه كالأجنبي من السكة.

ولأهل الدرب المذكور قسمة صحنه[١] كسائر المشتركات القابلة للقسمة. ولو أراد الأسفلون لا الأعلون سَدَّ ما بينهم أو قسمته جاز، بخلاف الأعلين، ولو اتفقوا على سَدِّ

---

(١) أي صحن الطَّريق غير النَّافذ.
انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (٢/ ٢٢١).

. . . .

رأس السكة لم يمنعوا منه ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقين، نعم إن سَدَّهُ بآلة نفسه خاصَّةً فله فتحه بغير رضاهم، ولو امتنع بعضهم من سَدِّهِ لم يكن للباقين ذلك. ولو وقف بعضهم داره مسجدًا أو وُجد ثَمَّ مسجدٌ شاركهم المسلمون في المرور إليه، فيمنعون من السَّدِّ والقسمة، ولا يجوز الإشراع عند الضَّرر وإن رضي أهل السكة لِحَقِّ سائر المسلمين، ويجوز الإشراع الذي لا يضرّ وإن لم يَرْضَ أهله، ومحلّه إذا لم يكن المسجد حادثًا، وإلَّا فإن رضي به أهل الدرب فكذلك، وإلَّا فلهم المنع من الإشراع؛ إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حَقِّ البقية من ذلك. وكالمسجد فيما ذكر ما سُبِّل ووقف على جهة عَامَّةٍ؛ كبئرٍ ومدرسة ورباط؛ نبّه على ذلك الزركشي.

تنبيه: كان ينبغي له أن يقول: «في كُلِّهِ» كما في غيره مما قدمه؛ لأنه عائد إلى «غير النَّافذ» وهو مذكَّر، واستغنى عمّا قدَّرته في كلامه تبعًا للشارح، وقد أتى في «المحرّر» بجميع الضمائر مؤنثة لكونه عبّر أوَّلًا بـ«السكة» ولَمَّا عبّر المصنف بـ«غير النَّافذ» عدل عن تأنيث الضمائر إلى تذكيرها إلَّا هذه اللفظة. وقوله: «لكلِّهم» كان الأَوْلَى أن يقول: «الكلِّ منهم»، فإنه لا نزاع في استحقاق كُلِّهَا لكلّهم؛ أي لمجموعهم، فإن الكُلَّ يطلق على الكُلِّ المجموعيّ والكُلِّ التفصيليّ.

فإن قيل: إذا كان الاستحقاق لهم خاصة فَلِمَ جاز لغيرهم دخوله بغير إذنهم؟ أجيب: بأن هذا من الحلال المستفاد بقرينة الحال، قال الزركشي: «وقضيته أنه لا يجوز الدخول إذا كان فيهم محجورٌ عليه؛ لامتناع الإباحة منه ومن وليّه»، وقد توقف الشيخ عزّ الدين في مسائل قريبة من ذلك؛ كالشرب من أنهارهم، والظاهر ـ كما قال بعض المتأخرين ـ الجواز وإن كان الورع خلافه، ومن ذلك ما قاله الأصحاب من أنه يجوز المرور بملك غيره إذا لم يَصِرْ طريقًا للناس، قال العبادي في «طبقاته»: «وعليه يُحمل إطلاق الأكثرين الجواز، ومحلّه فيما جرت العادة بالمسامحة بالمرور فيه»، وقد قيل: إن السلطان محمود لما قدم مَرْوَ استقبله أهل البلد وفيهم القفّال الكبير والقاضي أبو عاصم العامري، أحدهما عن يمين السلطان والآخر عن يساره، وازدحموا فتعدَّى فرس القفّال عن الطريق إلى أرض مملوكةٍ لإنسانٍ، فقال السُّلطان للعامريِّ: هل

وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلاسْتِطْرَاقِ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَرَهُ فِي الأَصَحِّ. وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ . . . .

يجوز أن يتطرّق في أرض الغير بغير إذنه؟ فقال له: سَلِ الشَّيْخَ فإنه إمامٌ لا يقع فيما لا يحلّ في الشرع. فسمع القفّال ذلك، فقال: يجوز السَّعيُ في أرض الغير إذا لم يُخْشَ أن يُتَّخَذَ بذلك طريقًا، ولا عاد ضرره على المالك بوجهٍ آخر؛ كالنظر في مرآة الغير والاستظلال بجداره.

[حكم فتح غير أهل الطريق غير النَّافذ بابًا فيه]

(**وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق**) إلَّا بإذنهم لتضرّرهم، فإن أذنوا جاز، ولهم الرجوع ولو بعد الفتح كالعاريَّةِ، قال الإمام: «ولا يغرمون شيئًا، بخلاف ما لو أعار أرضًا للبناء ونحوه ثم رجع فإنه لا يقلع مجانًا»، قال الرافعي: «ولم أَرَهُ لغيره، والقياس عدم الفرق»، وفرّق في «المطلب» بينهما بما فيه نظرٌ، والأَوْلَى ما فرّق به شيخنا من أن الرجوع هناك يترتّب عليه القلع وهو خسارة فلم يَجُزِ الرجوع مجانًا، بخلافه هنا لا يترتب عليه خسارة لعدم اقتضائه لزوم سَدِّ الباب، وخسارةُ فتحه إنما تترتَّب على الإذن لا على الرجوع، مع أن فتحه لا يتوقف على الإذن، وإنما المتوقِّفُ عليه الاستطراق.

(**وله فتحه إذا سَمَرَهُ**) ـ بالتخفيف، ويجوز التشديد ـ (**في الأصح**)؛ لأن له رفع جداره فبعضه أَوْلَى. والثاني: لا؛ لأن فتحه يشعر بثبوت حَقِّ الاستطراق فيستدلّ به عليه. وما صحّحه تبعًا للمحرّر هو ما صحّحه في «تصحيح التنبيه»، وهو المعتمد وإن قال في «زيادة الروضة»: «إن الأفقه المنع» فقد قال في «المهمات»: «والفتوى على الجواز، فقد نقله ابن حزم عن الشافعي».

تنبيه: لو حذف لفظ «سَمَرَهُ» لكان أخصر وأشمل، فإن الخلاف جارٍ فيما إذا فتحه للاستضاءة، وكذا لو قال: «لا أدخل منه ولا أخرج» كما قاله في «البيان»، نعم لو رَكَّبَ على المفتوح للاستضاءة شُبَّاكًا أو نحوه جاز جزمًا كما نقله الإسنوي وغيره عن جمع.

[حكم من له بابٌ في الطريق غير النَّافذ ففتح غيره]

(**ومن له فيه بابٌ**) أو ميزابٌ (**ففتح آخر أبعد من رأس الدرب**) من بابه الأصلي

فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنْعَ.

وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الأَصَحِّ، . . . .

(فلشركائه) أي لكلٍّ منهم (منعه) إذا كان بابه أبعد من الباب الأول، سواء أَسَدَّ الأول أم لا؛ لأن الحق لغيره، بخلاف مَنْ بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل للمفتوح كما في «الروضة» عن الإمام؛ أي المفتوح القديم كما فهمه السبكي وغيره، وفهم البلقيني أنه الجديد، واعتُرِض عليه: بأن المقابل للمفتوح مشارك في القدر المفتوح فيه فله المنع.

(فإن كان أقرب إلى رأسه ولم يَسُدَّ الباب القديم فكذلك) أي لشركائه منعه؛ لأن انضمام الثاني إلى الأول يورث زحمةً ووقوف الدواب في الدرب فيتضرّرون به، وقيل: يجوز، واختاره الأذرعي وضعَّفَ التَّوجيه بالزحمة بتصريحهم بأن له جعل داره حمَّامًا وحانوتًا، مع أن الزحمة ووقوف الدَّوَابِّ في السكة وطرح الأثقال تكثر[1] أضعاف ما عساه يقع نادرًا في فتح باب آخر للدار. انتهى، وربما يُجاب: بأن موضع فتح الباب لم يكن له فيه استحقاق، بخلاف جعل داره ما ذُكِرَ. (وإن سدّه فلا منع)؛ لأنه ترك بعض حقّه. ويجوز لمن داره في آخر الدرب تقديم بابه فيما يختصّ به وجعل ما بين الدار وآخر الدرب دهليزًا. قال الإسنوي: «ولو كان له دارٌ بوسط السكة وأخرى بآخرها فالمتّجه أنه يجوز لمن داره بينهما منعه من تقديم باب المتوسِّطة إلى آخر السكة؛ لأنه وإن كان شريكًا في الجميع لكن شركته بسببها إنما هو إليها خاصَّةً، وقد يبيع لغيره فيستفيد زيادة الاستطراق». ولو كان له في السكة قطعة أرض فبناها دُورًا وفتح لكل واحدة بابًا جاز؛ قاله البغوي في «فتاويه».

(ومن له داران تَفتحان) ـ بفتح الفوقانية أوَّله ـ (إلى دربين) مملوكين (مسدودين، أو) درب مملوك (مسدودٍ وشارعٍ ففتح بابًا بينهما لم يمنع في الأصح)؛ لأنه يستحقُّ

---

(١) في نسختي المقابلة: «بكثرة»، وما أثبتُّه هو الموافق لِمَا ورد في «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»، (٤/ ٤٠٢).

وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحُ الْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ.

المرور في الدرب، ورَفع الحائل بين الدارين تصرّف في ملكه فلم يمنع حقّه. وتَبعَ المصنِّفَ كالرافعي في تصحيح هذا البغويُّ، وهو المعتمد. والثاني ـ وهو ما نقله في «الروضة» عن العراقيين عن الجمهور، وجرى عليه ابن المقري ـ: المنع؛ لأنه في صورة الأُوْلَى يثبت لكلٍّ من الدارين استطراقًا في الدرب الآخر لم يكن له، وفي الثانية يثبت للملاصقة للشارع حقًّا في المسدود لم يكن لها.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يبقي البابين على حالهما أو يسدَّ أحدهما، وهو كذلك وإن خصّه الرافعي بما إذا سدّ باب أحدهما وفتح الباب لغرض الاستطراق.

وقوله: «مسدودين أو مسدودٍ وشارعٍ» كان الأَوْلَى أن يقول: «مملوكين أو مملوكٍ وشارعٍ» كما قدرته في كلامه؛ لأنه لا يلزم من السَّدِّ الملك؛ بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه كما مرَّ. وقوله: «تَفْتَحَانِ» هو بالمثناة فوق في أوَّله؛ لأن الدار مؤنثة، وكذا كُلُّ فعل كان فاعله ضميرًا لغائبتين؛ قاله المصنف في «الدقائق»، قال أبو حيان: وبه ورد السَّماع؛ قال تعالىٰ: ﴿فِيهِمَا عَيْنَانِ تَجْرِيَانِ﴾ [الرحمن: ٥٠]، وقال: ﴿أَن تَزُولَا﴾ [فاطر: ٤١]، وقال: ﴿ٱمْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ﴾ [القصص: ٢٣]. وجوَّز ابن فارس فيه الياء من تحت.

[حكم مصالحة أهل الطريق غير النافذ مَنْ مُنِعَ فتحَ الباب على مالٍ]

(وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمال صحّ)؛ لأنه انتفاع بالأرض بخلاف إشراع الجناح؛ لأن هناك بذل مالٍ في مقابلة الهواء المجرَّدِ. هذا إذا صالحوه على الاستطراق، أما إذا صالحوه على مجرد الفتح بمالٍ فلا يصح قطعًا. ثم إن قدّروا للاستطراق مُدَّةً فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزءٍ شائع من الدرب له، وينزل منزلةَ أحدهم؛ كما لو صالح رَجُلًا على مالٍ ليجري في أرضه ماء النهر كان ذلك تمليكًا لمكان النهر، بخلاف ما لو صالحه بمالٍ على فتح باب من داره، أو أن يجري الماء على سطحه فإنه وإن صحّ لا يملك شيئًا من الدار والسطح؛ لأن السكة لا تُرَادُ إلَّا للاستطراق فإثباته فيها يكون نقلًا للملك، وأما الدار والسطح فلا يُقصد بهما

وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَّاتِ، وَالْجِدَارُ بَيْنَ الْمَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، . . . . . .

الاستطراق وإجراء الماء. وقيّد الأذرعي الجواز في تقدير المدة وعدمه بما إذا لم يكن بالدرب مسجدٌ ونحوه؛ كدار موقوفة على معين أو غيره، وإلَّا فلا يجوز؛ إذ البيعُ لا يتصور في الموقوف وحقوقه، قال: «وأما الإجارة والحالة هذه فيتَّجه فيها تفصيلٌ لا يخفى على الفقيه استخراجه». ولو أذن صاحب الدرب لإنسان في حفر سرداب تحت داره ثم باعها فللمشتري أن يرجع كما كان للبائع؛ قاله العبادي.

[حكم فتح المالك الكَوَّاتِ في الطريق النَّافذ وغيره]

(ويجوز) للمالك (فتح الكَوَّاتِ) في جداره في الدرب النافذ وغيره، سواء أكان من أهل الدرب أم من غيرهم، سواء أكان للاستضاءة أم لا، أذنوا أم لا؛ لأنه تصرّفٌ في ماله؛ لأن له إزالة جِدَاره وجعل شُبَّاكٍ مكانه.

و«الكَوَّاتُ» جمع «كَوَّة» ـ بفتح الكاف ـ الطاقة، وفي لغة غريبة بضمِّها، والواو مشددة فيهما، وجمعها المصنف جمعَ تصحيحٍ، وفي كَافَّةِ اللُّغتان، ويجمع جمع تكسير فتجمع المفتوحة على «كِوَاء» بالكسر مع المَدِّ والقصر، والمضمومة على «كُوًى» بالضم والقصر.

تنبيه: غالب ما تفتح الكَوَّاتُ للاستضاءة، وله نصب شُبَّاكٍ عليها بحيث لا يخرج منه شيء، فإن خرج هو أو غطاؤه كان كالجناح، قال السبكي: «فليتنبّه لهذا، فإن العادة أن يعمل في الطَّاقات أبواب تخرج فيمنع من هواء الدرب». هذا في حق من ليس له الفتح للاستطراق، فإن كان له ذلك فلا منع من أبواب الطَّاقات. وقضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في الجواز بين كون الكَوَّةِ عالية أو لا، وهو كذلك وإن قيّده الجرجاني بما إذا كانت عالية لا يقع النظر منها إلى دار جاره، فقد صرَّح الشيخ أبو حامدٍ بجواز فتح كَوَّةٍ في ملكه مشرفة على جاره وعلى حريمه، وليس للجار منعه؛ لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه، فإذا رفع بعضه لم يمنع.

[حكم وضع أحد المالكين جذوعه على حائط الآخر المختصِّ به]

(والجدار بين المالكين[1]) لبناءين (قد يختصّ) أي ينفرد (به أحدهما) ويكون ساترًا

(١) في نسخة البابي الحلبي: «مالكين».

وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ: فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلآخَرِ وَضْعُ الْجُذُوعِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ، . . . .

للآخر، (وقد يشتركان فيه، فالمختصُّ) به أحدهما (ليس للآخر وضع الجذوع) ـ بالمعجمة ـ أي خشبه (عليه بغير إذن في الجديد، ولا يجبر المالك) له إن امتنع من وضعها؛ لخبر: «لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»(١) رواه الحاكم بإسنادٍ على شرط الشيخين في معظمه، وكُلٌّ منهما منفردٌ في بعضه، ولخبر: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ»(٢)، قال المصنف: حديثٌ حسنٌ، رواه ابن ماجه والدارقطني، وقياسًا على سائر أمواله، ونقله البغوي في «شرح السُّنَّةِ» عن أكثر أهل العلم. والقديم: يجوز ذلك ويُجبر المالك؛ لحديث الشيخين عن أبي هريرة رضي الله تعالىٰ عنه: «لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ»، ثم يقول أبو هريرة: «مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا ـ أي عن السُّنَّةِ ـ مُعْرِضِينَ؟! واللهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ»(٣)، بالتاء المثناة من فوق؛ أي بينكم، ورُوي بالنون، ومعناه أيضًا بينكم، فإن الكَنَفَ هو الجانب، قال البيهقي: «ولم نجد في السُّنَّةِ ما يعارض هذا الحديث، ولا تصح

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب العلم / ٣١٨/ وقال: احتجَّ البخاريُّ بأحاديث عكرمة، واحتجَّ مسلم بأبي أويس، وسائر رواته متَّفق عليهم. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: احتجَّ البخاريُّ بعكرمة، واحتجَّ مسلم بأبي أويس عبد الله، وله أصل في الصحيح.

(٢) أخرجه ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقِّه ما يضرُّ بجاره / ٢٣٤٠/ عن إسحاق بن يحيى ابن الوليد عن عبادة بن الصامت؛ قال البوصيريُّ في «مصباح الزجاجة»: حديث عبادة إسناده رجاله ثقات؛ إلَّا أنَّه منقطع؛ لأنَّ إسحاق بن الوليد؛ قال الترمذيُّ وابن عديّ: لم يدرك عبادة بن الصامت. وقال البخاريُّ: لم يَلْقَ عبادة.
وأخرجه الدارقطنيُّ في «سننه»، كتاب البيوع / ٣٠٦٠/ عن أبي سعيد الخدريِّ رضي الله عنه.
وذكره النوويُّ في «المجموع»، كتاب الحجِّ، (٨/ ١٤٦)، وقال: هو حديث حسن من رواية أبي سعيد الخدري.

(٣) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره / ٢٣٣١/ . ومسلم، كتاب المساقاة، باب غرز الخشبة في جدار الجار / ٤١٣٠/ .

فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عِوَضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ . . . .

معارضته بالعُمومات»، وأجاب عنه الأصحاب: بأنه محمولٌ على الندب لقوّة العُمومات المعارضة، وبأن الضمير في جداره لصاحب الخشب: أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرّر به من جهة منع الضوء ونحوه، قال الإسنوي: «ويتأيّد بأنه القياس الفقهيّ والقاعدة النحوية، فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه».

تنبيه: قد يقتضي التعبير بـ«الجديد» أن مقابله قديم مَحْضٌ، وليس مرادًا؛ بل هو منصوص عليه في الجديد أيضًا، حكاه البويطي عن الشافعي، وهو من رواة الجديد. وظاهره أن القول القديم مطلق وليس مرادًا؛ بل له شروط: أن لا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه، وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، وأن لا يبنيَ عليه أَزَجًا، وأن لا يضع عليه ما لا يحمله الجدار أو[1] يضرّ به، وأن لا يملك الجار شيئًا من جدار البقعة التي يريد تسقيفها، وأن لا يملك إلَّا جدارًا واحدًا.

وقد يفهم من التعبير بـ«الوضع» اختصاص الخلاف بذلك، وأنه لا يجوز إدخال الجذوع في الحائط قطعًا، وليس مرادًا؛ بل الخلاف جارٍ فيه أيضًا.

وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين يخرج السَّاباط إذا أراد أن يبنيه على شارع أو درب غير نافذ وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل، فلا يجوز ذلك إلَّا بالرضا قطعًا؛ قاله المتولّي وغيره؛ لأن هذا الجدار ليس بين مالكين. فإن قيل: قوله: «ولا يجبر المالك» قد يفهم أنه مجزومٌ به، وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداءً، وليس مرادًا فلو حذفه لكان أولى، أجيب: بأنه فرّعه على الجديد.

(فلو رضي) المالك بالوضع (بلا عوض) وقلنا بعدم الإجبار (فهو إعارة)؛ لصدق حَدِّهَا عليه، فيستفيد بها المستعير الوضعَ مَرَّةً واحدةً؛ حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانيًا في الأصح؛ لأن

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «ولا».

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الأَصَحِّ، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الأُجْرَةِ فَقَطْ.

وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ: فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ، وَإِنْ قَالَ: «بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ» أَوْ «بِعْتُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ» فَالأَصَحُّ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ ....

الإذن إنما يتناول مرة فقط. (وله) أي للمالك (الرجوع قبل البناء عليه) قطعًا، (وكذا بعده في الأصح) كسائر العواري. والثاني: لا رجوع له بعد البناء؛ لأن مثل هذه العواري يُرَادُ بها التأبيد؛ كالإعارة لدفن الميت. (وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه) أي الموضوع المبني عليه (بأجرة أو يقلع) ذلك (ويغرم أرش نقصه)، وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا؛ كما في إعارة الأرض للبناء أو الغراس، وليس له التملّك لذلك بقيمته وإن قال الزركشي: «إن قضية كلام أكثر العراقيين أن له ذلك»، بخلاف من أعار أرضًا للبناء أو الغراس، فإن له بعد رجوعه أن يتملَّكه بقيمته؛ لأن الأرض أصلٌ فجاز أن تَسْتَتْبِعَ، والجدار تابع فلا يستتبع. (وقيل: فائدته طلب الأجرة) في المستقبل (فقط)؛ لأن القلع يضرّ المستعير؛ لأن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدارٍ لا تستمسك على الجدار الآخر، والضرر لا يُزال بالضرر.

(ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوضٍ) على قولِ منعِ الإجبار، (فإن أَجَّر رأس الجدار للبناء) عليه (فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع؛ لكن لا يشترط فيها بيان المُدَّةِ في الأصح؛ لأنه عقد يَرِدُ على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح. والثاني: يشترط، وكلام المصنِّف يقتضيه، قال الزركشي: «نعم لو كانت الدار وَقْفًا عليه وأجَّره فلا بدّ من بيان المُدَّةِ قطعًا؛ كذا ذكره القاضي حسين».

[حكم قول صاحب الجدار: «بعته للبناء عليه» وما يترتَّب على ذلك]

(وإن قال: «بِعْتُهُ للبناء عليه» أو «بِعْتُ حَقَّ البناء عليه» فالأصح أن هذا العقد) الواقع بلفظ البيع أو بلفظ الصُّلح كما في «الكفاية» (فيه شوب بيع) لكونه مؤبَّدًا

وَإِجَارَةٍ، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ، وَلَوِ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ

(و) شوب (إجارة)؛ لأن المُسْتَحَقَّ به منفعة فقط؛ إذ لا يملك المشتري فيه عينًا، فلو كان إجارةً محضة لاشترطنا تأقيتها، أو بيعًا محضًا لكان رأس الجدار لصاحب الجذوع. والثاني: أن هذا العقد بيع يملك به مواضع رؤوس الجذوع، والثالث: أنه إجارة مؤبَّدة للحاجة.

واحترز بقوله: «للبناء عليه» عمّا إذا باعه وشرط أن لا يبني عليه فإنه جائز قطعًا، وينتفع به بما عدا البناء من مكث عليه وغيره، وكذا لو باعه ولم يتعرَّض للبناء بالكُلِّيَّةِ كما ذكره الماوردي. وحكم البناء على الأرض أو السَّقف أو الجدار بلا جذوع كذلك.

تنبيه: قوله: «شَوْب»، قال في «الدَّقائق»: إنه الصواب، وإن قول بعضهم «شائبة» مَحْضُ تصحيف. قال السبكي: لا يظهر لي وجه التصحيف في ذلك؛ لأن «الشَّوب» الخلط، ويطلق على المخلوط به، وهو المراد هنا، و«الشَّائبة» يُشَابُ بها، فكلٌّ منهما صواب. وقال الإسنوي: «التعبير بالتصحيف هنا لا مدخل له؛ بل صوابه: التحريف».

(فإذا بنى) بعد قوله: «بعتُهُ للبناء» أو «بِعْتُ حَقَّ البناء» وقلنا بالأول (فليس لمالك الجدار نقضه) أي نقض بناء المشتري (بحالٍ) أي لا مجّانًا ولا مع إعطاء أرش نقصه؛ لأنه يستحق الدوام بعقد لازم، نعم إن اشترى مالك الجدار حَقَّ البناء من المشتري جاز كما صرَّح به المحاملي وأبو الطيب، وحينئذٍ يتمكَّن من الخصلتين اللَّتين جوزناهما كما لو أعار؛ لزوال استحقاق صاحب الجذوع.

تنبيه: سكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حائط نفسه ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن بَنَى، ولا شك ـ كما قاله الإسنوي ـ أنه لا يتمكن منهما.

ولو وجدنا الجذوع موضوعة على الجدار ولم نعلم كيف وضعت فالظاهرُ أنها وضعت بِحَقٍّ فلا تُنْقَضُ ويقضَى باستحقاقها دائمًا، فلو سقط الجدار وأعيد فله إعادتها بلا خلاف؛ لأنا حكمنا بأنها وضعت بحق وشككنا في المُجَوِّزِ للرجوع، ولمالك الجدار نقضه إن كان مستهدمًا[1] وإلَّا فلا كما في «زيادة الروضة».

(ولو انهدم الجدار) بعد بناء المشتري أو قبله (فأعاده مالكه) باختياره ـ ولا يلزمه

(١) في المخطوط: «متهدِّمًا».

فَلِلْمُشْتَرِي إعَادَةُ الْبِنَاءِ، ....

ذلك في الجديد ـ (فللمشتري) أَوْلَى منه: «فللمستحِقِّ». (إعادة البناء) في الأُوْلَى وابتداؤه في الثانية بتلك الآلات وبمثلها؛ لأنه حقٌّ ثبت له. ولو لم يَبْنِهِ المالك فأراد صاحب الجذوع إعادته من ماله ليبني عليه، قال الإسنوي: «كان له ذلك كما صرَّح به جماعة»، وقال السبكي: «إنه قضية كلام الأصحاب». وفُهم مما قدَّرْتُهُ في كلام المصنف أن العقد لا ينفسخ بعارض هدم أو انهدام، وهو كذلك كما ذكره في أصل «الروضة» لالتحاقه بالبيوع، وإن كان قضية تعليل الرافعي وقول المصنف: «فللمشتري» اختصاص ذلك بما إذا وقع العقد بلفظ البيع ونحوه، فأما إذا أجّره إجارة مؤقتة فيجري في انفساخها الخلافُ في انهدام الدار المستأجرة. وخرج بـ«انهدام» ما لو هدمه شخصٌ من مالكٍ أو غيره، فإن المشتري يُطالب بقيمة حق وضع بنائه على الجدار؛ للحيلولة بينه وبين حقّه، سواء أبنى أم لا، مع غرم أرش البناء إن كان قد بنى وإلّا فلا أرش، فإن أعيد الجدار استعيدت القيمة لزوال الحيلولة، وله البناء إن لم يكن بَنَى وإعادته إن كان قد بَنَى.

تنبيه: لا يغرم الهادم أجرة البناء لمُدَّةِ الحيلولة، قال الإمام: «لأن الحق على التأبيد، وما يتقدَّر[1] لا ينحطّ ممّا لا يتناهى»، قال الإسنوي: «وفي كلامه إشارةٌ إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدة، والمتّجه عدم الوجوب؛ لأن وجوب الأجرة للحيلولة إنما محلّه عند قيام العين، ولم يصرِّحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكه؛ وينبغي أن يقال: إن هَدَمَهُ مالكه ابتداءً عدوانًا فعليه إعادته، وإن هدمه أجنبي أو مالكه وقد استهدم لم تجب؛ لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التَّخلية». انتهى، والمعتمد أنه لا يجب على المالك إعادته مطلقًا كما هو ظاهر كلام الأصحاب. ويغرم الأجنبيُّ للمالك أرش الجدار مسلوبًا منفعة رأسه. وإذا أعاده المالكُ استردَّ من المشتري ما أخذه في نظيرها.

(١) في نسخة البابي الحلبي: «وما لا يتقدّر»، وما أثبتُّهُ هو الموافق لِمَا ورد في «أسنى المطالب في شرح روض الطالب»، (٢/ ٢٢٦).

وَسَوَاءٌ كَانَ الإِذْنُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا، وَسَمْكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا. وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ.

وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِما وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ ....

[ما يشترط بيانه عند الإذن في وضع البناء على غير الأرض]

(وسواء كان الإذن) في وضع البناء على غير أرض (بعوضٍ أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبنيِّ عليه طولًا وعرضًا) وبيان محلّه (وسَمْكِ الجدران) ـ بفتح السين ـ (وكيفيّتها) ـ أي الجدران ـ أهي مجوفة أو مُنَضَّدَةٌ، وهي ما التصق بعضها إلى بعض من حجر أو غيره، (وكيفية السقف المحمول عليها) أهو من أَزَجٍ ـ وهو العقد المسمّى بـ«القبو» ـ أو خشب أو غير ذلك؛ لأن الغرض يختلف بذلك. ولا يشترط التعرّض لوزن الآلة في الأصح، وتغني مشاهدة الآلة عن كُلِّ وصفٍ.

فائدة: ارتفاع الجدار من الأرض «سَمْكٌ» بفتح السين، والنُّزول منه إليها «عُمْقٌ» بضم العين المهملة، لا طول وعرض؛ بل طوله امتداده من زاوية البيت مثلًا إلى زاويته الأخرى، وعرضه هو البعد النافذ من أحدِ وجهيه إلى الآخر.

وقد تقدّم أن الأَوْلَى للمصنف أن يزيد همزة قبل «كان» ويأتي بـ «أم» عوضًا عن «أو»، وقد وقع للمصنِّف مثل هذا في مواضع كثيرة.

[ما يشترط بيانه عند الإذن في البناء على الأرض]

(ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محلِّ البناء)؛ لأن الأرض تحمل كُلَّ شيء، فلا يختلف الغرض إلَّا بقدر مكان البناء. وينبغي ـ كما قال الأذرعي ـ بيان قدر حفر الأساس طولًا وعرضًا وعمقًا لاختلاف الغرض به، فإن المالك قد يحفر سردابًا أو غيره تحت البناء لينتفع بأرضه، ويَمْنَعُ من ذلك مزاحمةُ تعميق الأساس.

[حكم تصرّف أحد المالكين في الجدار المشترك بينهما]

(وأما الجدار المشترك) بين اثنين مثلًا (فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذنٍ)

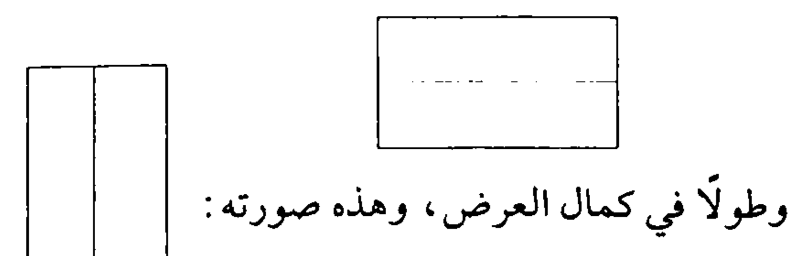
فِي الْجَدِيدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِدًا أَوْ يَفْتَحَ كَوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعًا لَا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الأَجْنَبِيِّ.

من الآخر (**في الجديد**)، والقديم: له ذلك كالقديم في الجار، وقد سبق توجيههما، وهو هنا أَوْلَى.

(**وليس له**) أي أحدهما (**أن يَتِدَ فيه وَتِدًا**) ـ بكسر التاء فيهما، وفتحها في الثاني ـ (**أو يفتح**) فيه (**كَوَّةً**) أو يترب كتابه منه، أو نحو ذلك ممّا يضايق فيه عادةً (**إلَّا بإذنه**) أو علمه برضاه كغيره من المشتركات. وأفهم جواز الفتح وغيره بالإذن؛ لكن يشترط في الفتح أن لا يكون بعوضٍ وإلَّا كان صلحًا على الضوء والهواء المجرد. قال ابن الرفعة: «وإذا فتح بالإذن فليس له السَّدّ إلَّا بالإذن أيضًا؛ لأنه تصرّف في ملك الغير».

(**وله أن يستند إليه**)، (**و**) أن (**يسند**) إليه (**متاعًا**) بقيدٍ زاده بقوله: (**لا يضرُّ، وله**) ولغيره (**ذلك في جدار الأجنبيِّ**)؛ لأنه لا ضرر على المالك فيه فلا يضايق فيه؛ بل له ذلك ولو منعه المالك؛ لأن منعه عناد محضٌ؛ بل ادَّعى الإمام في «المحصول» الإجماع فيه. فإن قيل: قضية كلامهم في باب العاريَّة أنه لا يجوز الاستناد إلى جدار الغير بغير إذنه، أجيب: بأن ذلك محمولٌ على استنادٍ يضرُّ.

وللشريكين قسمة الجدار عرضًا في كمال الطول وهذه صورته:



وطولًا في كمال العرض، وهذه صورته:

لكن بالتراضي لا بالجبر، فلو طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر؛ لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا؛ لأنها ربما أخرجت لكلٍّ منهما ما يضرّ الآخر في انتفاعه بملكه. وكيف يقسم الجدار، هل يشقُّ بالمنشار أو يعلم بعلامة كخطٍّ؟ فيه وجهان: الظاهر ـ كما قال شيخنا ـ جواز كُلٍّ منهما، ولا نظر في الأول إلى أن شقّ الجدار إتلاف له وتضييع؛ لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما

وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ، فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ، . . . .

النَّقْضَ. ويجبر على قسمة عرصة الجدار ولو كان عرضًا في كمال الطول؛ ليختص كُلٌّ منهما بما يليه، فلا يقتسمانها بالقرعة لئلا يخرج بها لكلٍّ منهما ما يلي الآخر، بخلاف ما إذا اقتسماها طولًا في كمال العرض. وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مرَّ فيه: بأنها مستوية وتيسّر قسمتها غالبًا بخلافه، وسيأتي إيضاح ذلك إن شاء الله تعالىٰ في باب القسمة.

[حكم إجبار أحد الشريكين صاحبه على عمارة الجدار المشترك بينهما]

(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) ولو بهدم الشريكين للمشترك لاستهدامٍ أو لغيره؛ كما لا يجبره على زراعة الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرَّرُ أيضًا بتكليفه العمارة، والضرر لا يزال بالضرر، نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح، وبها يندفع الضَّرَرُ. والقديم ونصَّ عليه في البويطي: الإجبار؛ صيانةً للأملاك المشتركة عن التعطيل، وأفتى بهذا ابن الصلاح، واختاره الغزالي، وصحّحه جماعة، وقيل: إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين، فإن ظهر له أن الامتناع لغرضٍ صحيحٍ أو شكّ في أمره لم يجبره، وإن علم أنه عناد أجبره. قال في «الروضة»: «ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة».

ولو هدم الجدارَ المشترك أحدُ الشريكين بغير إذن الآخر لزمه أرش النقص لا إعادة البناء؛ لأنّ الجدار ليس مثليًا، وعليه نصّ الشافعي في البويطي وإن نصَّ في غيره على لزوم الإعادة.

ولا يجبر أحد الشريكين على سقي النابت من شجر وغيره كما صرَّح به القاضي وغيره خلافًا للجوريِّ، ولا إعادة السُّفل لينتفع به صاحب العُلو، فلو كان عُلو الدار لواحد وسُفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السُّفل، ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته. و«السُّفل» و«العُلو» بضمِّ أوَّلها وكسره.

(فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بآلةٍ لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقّه بذلك.

وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ. وَلَوْ قَالَ الآخَرُ: «لَا تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَكَ حِصَّتِي» لَمْ يَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ. وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنِقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ فَلِلآخَرِ مَنْعُهُ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنِقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ، . . . .

واعترض القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ذلك فقالا: أساس الجدار مشتركٌ فكيف جوّزتم بناءه بآلة نفسه، وأن ينتفع به بغير إذن شريكه؟ وقال السبكي: «العرصة مشتركة، ولا حَقَّ لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها لا سيّما وهو يمكنه المقاسمة، فإن الصحيح جواز المقاسمة في ذلك بالتراضي عرضًا في كمال الطول وبها يندفع الضرر». انتهى. وصوّر صاحب التعليقة على «الحاوي» المسألة بما إذا كان الأُسُّ للباني وحده، وجرى عليه البارزي وصاحب «الأنوار»، والمنقول ما في المتن، وأجيب عمّا ذكر: بأن له حَقًّا في الحمل فكان له إعادة الجدار لأجله، وقَضِيَّتُهُ أنه إذا لم يكن عليه بناء ولا جذوع لا يكون له إعادته مع أن ظاهر كلامهم الإطلاق، وهو المعتمد وإن كان مشكلًا. **(ويكون المعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء)**؛ لأنه بآلته ولا حَقَّ لغيره فيه، نعم لو كان لشريكه عليه جذع خُيِّرَ الباني بين تمكين الشريك من إعادته ونقض بنائه ليبني معه الآخر ويعيد جذعه. **(ولو قال الآخر: «لا تنقضه وأغرم لك حصَّتي»)** أي قيمة ما يَخُصُّنِي **(لم يلزمه إجابته)** على الجديد كابتداء العمارة، أما على القديم ـ وهو لزوم العمارة ـ فعليه إجابته. ولو عمر البئر أو النهر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والآلات التي أحدثها.

(وإن أراد إعادته بِنِقْضِهِ المشترك فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة. وأفهم كلام المصنف جواز الإقدام عليه عند عدم المنع، وقال في «المطلب»: «إنه مفهوم كلامهم بلا شك». و«النِّقض» بكسر النون وضمّها، وجمعه «أنقاض»؛ قاله في «الدّقائق».

(ولو تعاونا على إعادته) بأنفسهما أو بغيرهما **(بِنِقْضِهِ عاد مشتركًا كما كان)** قبل إعادته، فلو شرَطَا زيادةً لأحدهما لم يصح على الصحيح؛ لأنه شرط عوض من غير معوض.

وَلَوِ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الآخَرُ زِيَادَةً جَازَ، وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ.

(ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادةً جاز، وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر)، وقد صوّر الرافعي ذلك بصورتين: إحداهما ـ وهي الأقرب إلى عبارة المصنف ـ: أن يعيد ذلك بالنِّقض المشترك، فيصير له الثلثان ويكون السدس في مقابلة عمله، ومحلّه إذا جعل له الزيادة من النِّقض والعرصة في الحال، فإن شرطه بعد البناء لم يصحّ؛ لأن الأعيان لا تؤجل. **الصورة الثانية**: أن تكون الإعادة بآلته، فإذا شرط له الآخرُ السُّدُسَ كما مرَّ فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها، ولا بدّ من العلم بالآلات وبصفات الجدران كما قاله الرافعي.

تتمة: لصاحب العُلو بناء السُّفل بماله ويكون المعاد ملكه، ويأتي فيه ما مرَّ في الجدار المشترك، ولصاحب السُّفل السكنى في المعاد لأن العرصة ملكه، وليس له الانتفاع به بفتح كَوَّةٍ وغرز وَتِدٍ ونحوهما، وللأعلى هدمه لأنه ملكه، وكذا للأسفل إن بناه الأعلى قبل امتناع الأسفل من البناء ما لم يبن الأعلى عُلوه، فإن بناه فللأسفل تملك السُّفل بالقيمة وليس له هدمه، أما إذا بنى السُّفل بعد امتناع الأسفل فليس له تملّكه ولا هدمه لتقصيره، سواء أبنى عليه الأعلى عُلوه أم لا، ويؤخذ من هذه أن له البناء بآلة نفسِهِ وإن لم يمتنع الأسفل منه، ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه، وهو كذلك، وإن قيل: في ذلك وقفة.

ولصاحب العُلو وضع الأثقال المعتادة على السَّقف المملوك للآخر أو المشترك بينهما، وللآخر الاستكان به والتعليق المعتاد به كثوب ولو بِوَتِدٍ يَتِدُهُ؛ لأنّا لو لم نجوّز له ذلك لعَظُمَ الضررُ وتعطلت المنافع. فإن قيل: قد مرَّ أن الجدار المشترك ليس لأحد الشريكين أن ينتفع به بما يضايق فيه عادةً، فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك؟ أجيب: بأن الأعلى ثبت له الانتفاع قطعًا، فثبت للأسفل ذلك تسوية بينهما، وفي الجدار لم يثبت لأحدهما ذلك فلم يثبت للآخر تسوية بينهما. ويجوز غرز الوَتِدِ لصاحب العُلو فيما يليه في أحد وجهين، قال شيخنا: «هو الظاهر».

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ.

[حكم المصالحة على إجراء الماء وإلقاء الثلج في ملك المصالح معه على مالٍ]

(ويجوز أن يصالح على إجراء الماء و) على (إلقاء الثّلج في ملكه) أي المصالح معه (على مال)؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك؛ لكن محلّه في الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه، والحاصل إلى سطحه من المطر، أما غُسالة الثياب والأواني فلا يجوز الصُّلح على إجرائها على مال؛ لأنه مجهول لا تدعو الحاجة إليه وإن خالف في ذلك البلقيني وقال: «إن الحاجة إليه أكثر من حاجة البناء على الأرض».

وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره: أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلَّا بمروره على سطح جاره؛ قاله الإسنوي. ومحلّ الجواز في الثلج إذا كان في أرض الغير لا في سطحه لما فيه من الضرر. ويشترط معرفة السطح الذي يجري منه الماء، سواء أكان ببيع أو إجارة أو إعارة؛ لأن المطر يَقِلُّ بصغره ويكثر بكبره، ومعرفة قدر السطح الذي يجري إليه وقوته وضعفه، فإنه قد يتحمل قليل الماء دون كثيره. ولا يضر الجهل بقدر ماء المطر؛ لأنه لا يمكن معرفته لأنه عقد جُوِّزَ للحاجة.

ثم إن عقد على الأول بصيغة الإجارة فلا بدّ من بيان موضع الإجراء وبيان طوله وعرضه وعمقه وقدر المُدَّةِ إن كانت الإجارة مُقَدَّرَةً بها، وإلَّا فلا يشترط بيان قدرها؛ كنظيره فيما مرَّ في بيع حق البناء. ولا بُدَّ أن يكون الموضع محفورًا وإلَّا فلا يصح؛ لأن المستأجِرَ لا يملك الحفر. وإن عقد بصيغة البيع بأن قال: «بعتُك مسيل الماء» وجب بيان الطول والعرض لا بيان العُمق؛ لأنه ملك القرار، أو «بعتُكَ حَقَّ مسيل الماء» فكما مرَّ في بيع حق البناء. وإن عقد بصيغة الصُّلح انعقد بيعًا كما اقتضاه كلام «الكفاية». ولا حاجة في العارية إلى بيان؛ لأنه يرجع فيها متى شاء، والأرض تحمل ما تحمل بخلاف السقف كما مرَّ.

وليس للمستحِقِّ في المواضع كُلِّهَا دخول الأرض من غير إذن مالكها إلَّا لتنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه من النهر تفريغًا لملك غيره. وليس لمن أُذِنَ له في إجراء المطر على السطح أن يطرح الثلج عليه، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب

. . . .

ويسيل إليه، ومن أُذِنَ له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره. ولو كان مجرى ماء في ملك غيره فادَّعى المالك أنه كان عارية قُبِلَ قوله كما أفتى به البغوي.

واحترز المصنف بقوله: «إجراء الماء» عن الماء، كما لو كان له نهر جارٍ فصالحه إنسان على أن يسقي زرعه منه بساقية لم يصح؛ لأن المعقود عليه الماء، والمملوك الماء الموجود دون ما ينبع، والحيلة فيه ـ كما قاله القاضي حسين ـ أن يبيع قدرًا من النهر والماء تابع.

تنبيه: قد يفهم من قوله: «في ملكه» أنه قيدٌ، وليس مرادًا؛ بل يجوز ذلك في الأرض الموقوفة والمستأجرة؛ لكن يعتبر هنا التأقيت؛ لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقًا. وأن يكون هناك ساقية؛ إذ ليس له إحداث ساقية فيها ابتداءً.

فرعان: الأول: المصالحة عن قضاء الحاجة من بولٍ أو غائطٍ، وطرح الكناسة في ملك الغير على مال عقدٌ فيه شائبة بيع وإجارة، وكذا المصالحة عن المبيت على سقف غيره.

الثاني: للشخص تحويل أغصان شجرةٍ لغيره مالت إلى هواء ملكه الخالص أو المشترك امتنع مالكها من تحويلها، وله قطعها ولو بلا إذن قاضٍ إن لم يمكن تحويلها، ولا يصح الصلح على بقاء الأغصان بمال، فإن اعتمدت على الجدران صحّ الصُّلح عنها يابسة لا رطبة لزيادتها فلا يعرف قدرها وثقلها. وانتشارُ العُرُوقِ في أرضه كانتشار الأغصان في هواء ملكه، وكذا ميل الجدار إلى هواء الدَّار. قال في «المطلب»: «وليس له إذا تولَّى القطع والهدم بنفسه طلب أجرةٍ على ذلك». قال: ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه في بَرْنِيَّة[1] ونبت فيها أُتْرُجَّة وكبرت قطع الغصن والأُتْرُجَّةَ لتسلم البَرْنِيَّةُ لاستحقاق قطعهما قبل ذلك؛ قاله الماوردي والروياني، ثم قالا: «وهذا بخلاف ما لو بلع حيوانُ غيرِهِ جوهرةً فإنه لا يذبح؛ لأن له حرمة».

---

(١) البَرْنِيَّةُ ـ بفتح الأوَّل ـ: إناءٌ معروفٌ.
انظر: المصباح المنير، كتاب الباء، مادة «برن»، ص/ ٥١/.

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا: فَإِنِ اتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بُنِيَا مَعًا فَلَهُ الْيَدُ، وَإِلَّا فَلَهُمَا، ....

[من تكون له اليد إذا تنازعا جدارًا بين ملكيهما]

(ولو تنازعا) أي اثنان (جدارًا بين ملكيهما: فإن اتَّصل ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بُنِيَا معًا)؛ كأن دخل نصف لَبِنَاتِ كُلٍّ منهما في الآخر، أو بَنَى الجدار على خشبة طرفها في ملكه وليس منها شيء في ملك الآخر، أو كان له عليه أَزَجٌ ـ وهو العقد ـ قد أُمِيْلَ من مبتدإ ارتفاعه عن الأرض (فله اليد) عليه وعلى الخشبة المذكورة؛ لظهور أمارة الملك بذلك، فيحلف ويحكم له به إلَّا أن تقوم بينة بخلافه. ولو كان الجدار مبنيًا على تربيع أحد الملكين زائدًا أو ناقصًا بالنسبة إلى ملك الآخر فهو كالمتّصل بجدار أحدهما اتصالًا لا يمكن إحداثه؛ ذكره في «التنبيه» وأقرّه المصنف في «تصحيحه».

تنبيه: قال الإسنوي: قول المصنف «إنَّهما» بكسر الهمزة؛ لأن «حيث» لا تضاف إلَّا إلى جملة، ورُدَّ: بأن «حيث» هنا مضافة إلى «يعلم»، و«أنَّ» إذا وقعت بعد العلم تكون مفتوحة.

(وإلَّا) أي وإن لم يحصل الاتصال المذكور بأن كان منفصلًا عن جدارهما أو مُتَّصِلًا بهما اتصالًا يمكن إحداثه أو لا يمكن، أو مُتَّصِلًا بأحدهما اتصالًا لا يمكن إحداثه؛ بأن وُجد الاتصال في بعضه، أو أُمِيْلَ الأَزَجُ الذي عليه بعد ارتفاعه، أو بُني الجدار على خشبةٍ طرفاها في ملكيهما (فلهما) اليد عليه لعدم المرجِّح، وعبارة «المحرّر» و«الروضة» وأصلها: «فهو في أيديهما»، وذلك أَوْلى من عبارة المصنف، فَلْيُتَأَمَّلْ.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك، فلا ترجيح بالنقش بظاهر الجدار؛ كالصور والكتابات المتّخذة من جصّ أو آجُرّ أو غيره، ولا بالجذوع كما سيأتي، ولا بتوجيه البناء، وهو جَعْلُ إحدى جانبيه وجهًا كأن يبني بِلَبِنَاتٍ مقطَّعة ويجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب، ولا بمعاقد القِمْط ـ بكسر القاف وإسكان الميم وبضمهما؛ لكنه بضمِّهما جمعُ «قِمَاطٍ» ـ والمراد به معنى القِمْطِ، وهو حبلٌ رقيق يشدّ به الجريد ونحوه. وإنما لم يرجح بهذه الأشياء لأن كون

فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلَّا حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ.

الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك، فلا يُغَيَّرُ بأسبابٍ ضعيفةٍ معظم القصد بها الزينةُ؛ كالتجصيص والتزويق.

(فإن أقام أحدهما بينةً) أنه له (قضي له) به؛ لأن البينة مقدّمة على اليد، وتكون العرصة تبعًا على الأصح. (وإلّا) أي وإن لم يكن لأحدهما بينة أو أقامها كُلٌّ منهما (حلفا) أي حلف كُلٌّ منهما على نفي استحقاق صاحبه للنِّصف الذي في يده، ولا يلزمه أن يتعرض لإثباته كما نقله الشيخان عن النَّصِّ، وأنه مستحِقٌّ النصفَ الذي بيد صاحبه؛ لأن كُلَّ واحد منهما مدَّعًى عليه ويده على النصف، فالقول قوله فيه كالعين الكاملة، وقيل: يحلف كُلٌّ منهما على الجميع لأنه يدّعيه.

(فإن حلفا أو نكلا) عن اليمين (جعل) الجدار (بينهما) بظاهر اليد، فينتفع كُلٌّ به مما يليه على العادة. (وإن حلف أحدهما) ونكل الآخر كما في «المحرّر» (قُضي له) أي بالكُلِّ. وتتضح مسألة الحلف بما ذكروه في الدَّعاوى والبينات، وهو أنه إذا حلف من بدأ القاضي بتحليفه ونكل الآخر بعده حَلَّفَ الأوَّلَ اليمينَ المردودة ليقضي له بالجميع، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمينُ النفي للنصف الذي ادَّعاه صاحبه، ويمينُ الإثبات للنصف الذي ادَّعاه هو، فهل تكفيه الآن يمينٌ واحدةٌ يجمع فيها النفي والإثبات، أم لا بدَّ من يمين للنفي وأخرى للإثبات؟ وجهان: أصحُّهما الأول، فيحلف أن الجميع له ولا حَقَّ لصاحبه فيه، أو يقول: «لا حقّ له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي».

(ولو كان لأحدهما عليه جذوعٌ لم يرجَّح) بذلك؛ لأنها لا تدل على الملك، لأنها تشبه الأمتعة فيما لو تنازع اثنان دارًا بيدهما ولأحدهما فيها أمتعةٌ، فإذا تحالفا بقيت الجذوع بحالها؛ لاحتمال أنها وضعت بِحَقٍّ من إعارةٍ أو إجارةٍ أو بيعٍ أو قضاءِ قاضٍ يرىٰ الإجبار على الوضع، والذي ينزل عليه منها الإعارة؛ لأنها أضعف الأسباب، فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة.

وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ، فَيُنْظَرُ: أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلْوِ فَيَكُونَ فِي يَدِهِمَا، أَوْ لَا فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ.

[من تكون له اليد إذا تنازعا سقفًا بين عُلْوِهِ وسُفْلِ غيرِه]

(والسَّقْفُ بين عُلْوِهِ) أي الشخص (وسُفْلِ غيره كجدارٍ بين ملكين، فينظر: أيمكن إحداثه بعد) بناء (العُلْوِ)؛ بأن يكون السقف عاليًا فيثقب وسط الجدار ويوضع رأس الجذوع في الثقب ويسقف، فيصير البيت الواحد بيتين، (فيكون في يدهما)؛ لاشتراكهما في الانتفاع به، فإنه ساترٌ لصاحب السُّفْلِ وأرضٌ لصاحب العُلْوِ. (أو لا) يمكن إحداثه بعد بناء العلو؛ كالأَزَجِ الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العُلْوِ (فلصاحب السُّفْلِ) يكون لاتصاله ببنائه.

خاتمة: لو كان السُّفل لأحدهما والعُلْوُ لآخر وتنازعا في الدهليز أو العرصة[1] فمن الباب إلى المَرْقَى مشترك بينهما؛ لأن لكُل منهما يدًا وتصرفًا بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما، والباقي للأسفل لاختصاصه به يدًا وتصرُّفًا. وإن تنازعا في المَرْقَى الداخل وهو منقول، فإن كان في بيتٍ لصاحب السُّفْلِ فهو في يده، أو في غرفةٍ لصاحب العُلْوِ فهو في يده، أو منصوبًا في موضع الرَّقي فلصاحب السُّفل كسائر المنقولات كما قاله ابن خيران، وقال في «الروضة»: «إنه الوجه». وإن كان المرقى مُثْبَتًا في موضعه كالسُّلَّمِ المسمّر فلصاحب العُلْوِ لأنه المنتفِعُ به، وكذا إن كان مبنيًا ولم يكن تحته شيء، فإن كان تحته بيتٌ فهو بينهما كسائر السُّقوف، أو موضع جَرَّةٍ أو نحوها فلصاحب العُلْوِ؛ عملًا بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل. ولو تنازعا في حيطان السُّفْلِ التي عليها الغرفة فالمصدَّقُ صاحب السُّفْلِ فإنها في يده، أو في حيطان الغرفة فالمصدَّقُ صاحب العُلْوِ لأنها في يده.

* * *

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «العرضة».

٧ـ باب الحَوالة

. . . .

باب الحَوالة

[تعريف الحوالة ودليل مشروعيّتها]

هي بفتح الحاء أفصحُ من كسرها، ومعناها في اللُّغة: الانتقالُ، من قولهم: «حال عن العهد» إذا انتقل عنه وتغير. وفي الشرع: عقدٌ يقتضي نقل(١) دَيْنٍ من ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ، ويطلق على انتقاله(٢) من ذمة إلى أخرى، والأول هو غالب استعمال الفقهاء.

والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين: «مَطْلُ الْغَنِيِّ(٣) ظُلْمٌ(٤)، فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ(٥) فَلْيَتْبَعْ»(٦) بإسكان التاء في الموضعين(٧)؛ أي «فَلْيَحْتَلْ» كما رواه هكذا البيهقي(٨)، ويسنّ قبولها على مَلِيءٍ لهذا الحديث. وصرفه عن الوجوب

---

(١) المناسب لما قبله ولما بعده أن يقول: «انتقال».

(٢) أي الأثر الناشىء عن العقد.

(٣) من إضافة المصدر لفاعله، والمحذوف هو المفعول، والتقدير: مطل المَدِينِ الغنيِّ الدَّائنَ فقيرًا كان أو غنيًا، والمراد به من قدر على وفاء الدين.

(٤) أي كبيرةٌ مُفَسِّقٌ؛ لأن المطل ـ كما قاله «م ر» ـ إطالة المدافعة، وحينئذٍ لا يكون كبيرة إلا إذا تكرَّر ثلاث مرات. انتهى، وإذا كان دون الثلاث فهو صغيرة؛ خلافًا لـ«حج» القائل بأنه كبيرة مطلقًا. قال الشيخ عِزُّ الدين: وكثيرًا ما يصدر من العامة أن يقول: «لا أوفيه إلا بالحاكم»، وهو حرام، وأنه أعظم إثمًا من المطل المجرد؛ لما فيه من تعطيل المدعي بانطلاقه إلى الحاكم ووقوفه بين يديه وما يغرمه للمعين على الإحضار وغير ذلك.

(٥) بالهمز مأخوذ من «الامتلاء»، يقال: «مَلُؤَ الرجل» بضمِّ اللَّام؛ «مرحومي». وعبارة «ع ش»: «مليء» ـ بالهمز ـ فعيلٌ بمعنى فاعلٍ؛ أي موسر، مأخوذ من «الملاءة» وهي اليسار.

(٦) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الحوالة، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة /٢١٦٦/. ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة /٤٠٠٢/.

(٧) وتشديدها في الثَّاني؛ «حج».

(٨) أخرجه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»، كتاب الحوالة، باب من أحيل على مليء فليتبع ولا يرجع على المحيل /١١٣٨٩/.

. . . .

القياسُ[(١)] على سائر المعاوضات، وخبرُ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[(٢)]. ويعتبر في الاستحباب ـ كما بحثه الأذرعي ـ أن يكون المليء وافيًا[(٣)] ولا شبهة في ماله[(٤)]. «المَلِيءُ» بالهمزة: الغنيّ، و«المَطْلُ»: إطالة المدافعة. والأصحّ أنها بيع[(٥)]

= وذكره الهيثميُّ في «مجمع الزوائد»، كتاب البيوع، باب مطل الغنيِّ / ٦٦٤٩/ وقال: رواه البزَّار، ورجاله رجال الصحيح خلا الحسن بن عرفة، وهو ثقة.

(١) أي فقد صرف القياسُ النصَّ عن ظاهره، واعْتُرِض: بأن خروجها عن القياس يقتضي فيها عدم القياس. انتهى؛ لكن الجهة منفكة فلا اعتراض؛ لأن قياسها على المعاوضات من جهة عدم الوجوب، وخروجها عن القياس من جهة كونها بيع دين بدين. وقوله: «عن الوجوب»؛ أي الذي قال به أحمد. ومحلُّ الندب فيمن لم يعلم أن في ماله حرامًا، ويكره في المشكوك فيه، فالندب له شروط ثلاثة: أن يكون المحال عليه مليًّا وفيًّا ولا شبهة في ماله.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده»، حديث عمٍّ أبي حرَّة الرقاشيِّ عن عمه رضي الله عنهما / ٢٠٥٧٣/ بلفظ: «لا يحلُّ مال امرئ إلَّا بطيب نفس منه».
وأخرجه البيهقيُّ في «السنن الكبرى»، كتاب الغصب، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارًا / ١١٥٤٥/ بلفظ الترجمة.
وذكره الهيثميُّ في «مجمع الزوائد»، كتاب البيوع، باب الغصب وحرمة مال المسلم / ٦٨٦٦/ وقال: رواه أبو يعلى، وأبو حرَّة وثَّقه أبو داود، وضعَّفه ابن معين.

(٣) أي يوفي من غير مطل.

(٤) وإلا كرهت.

(٥) لكن لا تصح بلفظه، ولا تدخلها الإقالة على المعتمد، وقيل: إنها استيفاءٌ لاعتباره في بعض أحوالها كما يأتي؛ «ق ل». ويترتب على كونها بيعًا توقفها على الإيجاب والقبول؛ بخلاف القول بأنها استيفاء، ويترتب أيضًا الحلف والتعاليق؛ كأن قال: «إن صدر مني بيع فزوجتي طالق» أو «فعبدي حُرٌّ» ثم أحال وقع على القول بأنها بيع دون القول الآخر. ومعنى كونها بيع دين بدين أن المحيل باع ما في ذمة المحال عليه بما في ذمته للمحتال، والمحتال باع ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه، فالبائعُ المحيلُ، والمشتري المحتالُ، والمبيعُ دينُ المحيل، والثمن دين المُحتالِ، والفرق بينها وبين بيع الدين: أن البائع هنا له وعليه؛ بخلافه في بيع الدين فإنه له لا عليه. انتهى «عميرة».
انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، كتاب البيوع، فصلٌ في الحوالة، (٣/ ١٣٢).

يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ، . . . .

دينٍ بدينٍ جُوِّزَ للحاجة[١]، ولهذا[٢] لم يعتبر التقابض[٣] في المجلس، وإن كان الدَّيْنَانِ ربويين فهو بيع لأنها إبدال مال بمال؛ لأن كُلَّ واحدٍ ملك بها ما لم يملك فكأن المحيل باع المحتال ما له في ذِمَّةِ المحال عليه بما للمحتالِ في ذمته. وقيل: استيفاءٌ، وهو المنصوص في «الأُمِّ»، فكأن المحتال استوفى ما على المحيل وأقرضه المحال عليه؛ قال ابن الحَدَّادِ: «والتفريع على قول البيع لم أَرَهُ مستمِرًّا».

[أركان الحوالة]

وأركانها سِتَّةٌ: محيلٌ، ومحتالٌ، ومحالٌ عليه، ودين للمحتال على المحيل، ودين للمحيل[٤] على المحال عليه، وصيغة[٥]، وكُلُّها تؤخذ من كلامه الآتي، وإن سَمَّى بعضها شرطًا كما قال:

[اشتراط رضا المحيل والمحتال لصحَّة الحوالة]

(يشترط لها) لتصحّ **(رضا المحيل والمحتال)**؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء فلا يلزم بجهة، وحق المحتال في ذمة المحيل فلا ينتقل إلَّا برضاه[٦]؛ لأن الذمم تتفاوت، والأمر الوارد للاستحباب[٧] كما مرَّ، وقيل: للإباحة. وطريق الوقوف على

---

(١) يريد أنها مستثناة من النهي عن بيع الدين؛ كما جُوِّزَ القرض مع كونه بيع درهم بدرهم من غير تقابض لمكان الحاجة؛ أي لوجودها، فالتشبيه إنما هو في خروج كُلٍّ عن القواعد مع جوازه للحاجة، أو التشبيه في أن كُلًّا منهما عقد إرفاق، وإلا فيجوز أن يُرَدَّ زائدٌ في القرض من غير شرط. انتهى «ع ش».

(٢) أي للحاجة.

(٣) المراد به القبض، ففي التعبير بـ«التَّقابض» مسامحةٌ.

(٤) لو قال: «ودَينانِ» لكان أخصرَ كما عبَّر به في «التحرير». وشُرط في الدَّينين المذكورين خمسة شروط: ثبوتهما، ولزومهما، وصحَّة الاعتياض عنهما، وتساويهما، والعلم بقدرهما.

(٥) ولا يتعيَّن لفظ الحوالة؛ بل هو أو ما يؤدي معناه؛ كـ«نقلتُ حقَّكَ إلى فلان» أو «جعلت ما أستحقُّه على فلان لك» أو «ملكتُكَ الدين الذي عليه بحقِّكَ».

(٦) أي المحتال.

(٧) جواب عن سؤال واردٍ على قوله: «فلا ينتقل إلا برضاه»، مع أن الحديث يدل على وجوب قبولها، وحاصل السؤال: أن قوله: «فلا ينتقل إلا برضاه» لا يقتضي وجوب القبول، وقوله في الحديث: «فليتبع» يقتضي ذلك، فأجاب: بأن الأمر للندب.

لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ.

وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ. وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ، . .

تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مرَّ في البيع. وعبّر كغيره هنا بـ«الرِّضَا» تنبيهًا على أنه لا يجب على المحتال الرضا بالحوالة وتوطئةً لقوله: (لا المحال عليه في الأصح)، فلا يشترط رضاه؛ لأنه مَحَلُّ الحق والتصرّف؛ كالعبد المبيع، ولأن الحَقَّ للمحيل فله أن يستوفيه بغيره؛ كما لو وكّل غيره بالاستيفاء. والثاني: يشترط رضاه بناءً على أن الحوالة استيفاءٌ.

[صيغة الحوالة]

ولا يتعين لفظ الحوالة؛ بل هو أو ما يؤدي معناه كـ «نقلتُ حقّك إلى فلان» أو «جعلت ما أستحقه على فلانٍ لك» أو «مَلَّكْتُكَ الدين الذي لي عليه بِحَقِّكَ»، وقوله: «أَحِلْنِي» كـ«بعني» في البيع، فتصحّ الحوالة به. ولا تنعقد بلفظ البيع مراعاة للفظ، وقيل: تنعقد مراعاة للمعنى كالبيع بلفظ السَّلَمِ. ولو قال: «أَحَلْتُكَ على فلانٍ بكذا» ولم يَقُل: «بالدَّين الذي لكَ عَلَيَّ» قال البلقيني: «فهو كناية كما يؤخذ مما يأتي أنه لو قال: أردتُ بقولي: أحلتُكَ الوكالةَ صُدّق بيمينه»، والأوجه ـ كما قال شيخي ـ أنه صريح؛ لكن يقبل الصَّرف كغيره من الصَّرائح التي تقبله.

[حكم الحوالة على من لا دين عليه]

(ولا تصح على من لا دين عليه)، بناءً على الأصح من أنها بيع؛ إذ ليس للمُحِيل على المحال عليه شيء يجعله عوضًا عن حق المحتال. (وقيل: تصح برضاه)؛ بناءً على أنها استيفاء. . . إلى آخره، فقبوله ضمانٌ لا يبرأ به المحيل، وقيل: يبرأ. وعلى الأول لو تطوّع بقضاء دين المحيل كان قاضيًا دين غيره، وهو جائز.

[الديون التي تصحُّ الحوالة بها]

(وتصح بالدين اللازم) وهو ما لا خيار فيه، ولا بدّ أن يجوز الاعتياض عنه؛ كالثمن، بعد زمن الخيار، وإن لم يستقرَّ كالصداق قبل الدُّخولِ والموتِ، والأجرةِ قبل مضي المدة، والثمن قبل قبض المبيع؛ بأن يحيل به المشتري البائعَ على ثالثٍ.

وَعَلَيْهِ، وَالْمِثْلِيِّ، وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الأَصَحِّ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَعَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ. . . . .

(وعليه) كذلك؛ بأن يحيل البائع غيره على المشتري، سواءٌ اتفق الدينان في سبب الوجوب أم اختلفا؛ كأن كان أحدهما ثمنًا والآخر قرضًا أو أجرةً. فلا تصح بالعين لما مرَّ أنها بيع دينٍ بدينٍ، ولا بما لا يجوز الاعتياض عنه؛ كدين السَّلَمِ فلا تصح الحوالة به ولا عليه وإن كان لازمًا. ولا تصحّ الحوالة للسَّاعي ولا للمستحِقِّ بالزكاة ممن هي عليه ولا عكسه وإن تلف النِّصاب بعد التمكُّن لامتناع الاعتياض عنها.

وتصح على الميت؛ لأنه لا يشترط رضا المحال عليه، وإنما صحّت عليه مع خراب ذمته؛ لأن ذلك إنما هو بالنسبة للمستقبل؛ أي لا تقبل ذمته شيئًا بعد موته، وإلَّا فَذِمَّتُهُ مرهونةٌ بدينه حتى يُقْضَى عنه. ولا تصحّ على التركة لعدم الشَّخص المحال عليه.

(و) تصحّ بالدين (المثلي)؛ كالنقود والحبوب، (وكذا المتقوِّم) ـ بكسر الواو ـ كالعبد والثوب (في الأصح)؛ لثبوته في الذمة بعقد السَّلَمِ ولزومه. والثاني: لا؛ إذ المقصود من الحوالة إيصال الحق من غير تفاوت، ولا يتحقق فيما لا مثل له. وقضيَّته أن المثل لا خلاف فيه، وليس مرادًا؛ بل قيل: إنها لا تصح إلَّا بالأثمان خاصَّةً كما قاله في «الكفاية».

(و) تصحّ (بالثمن في مُدَّةِ الخيار)؛ بأن يحيل المشتري البائع على إنسان، (وعليه) بأن يحيل البائع إنسانًا على المشتري (في الأصح)؛ لأنه آيلٌ إلى اللزوم بنفسه، والجوازُ عارض فيه. والثاني: لا يَصِحَّانِ لعدم اللزوم الآن. وعلى الأول يبطل الخيارُ بالحوالة بالثمن لتراضي عاقديها، ولأن مقتضاها اللزوم فلو بقي الخيار فات مقتضاها، وفي الحوالة عليه يبطل في حق البائع لرضاه بها لا في حَقِّ مشترٍ لم يرض، فإن رضي بها بطل في حقّه أيضًا في أحد وجهين رجّحه ابن المقري، وهو المعتمد، ثم قال: «فإن فسخ المشتري البيع بطلت». انتهى، فإن قيل: هذا مخالفٌ لعموم ما قالوه من أن الحوالة على الثمن لا تبطل بالفسخ، أجيب: بأن الفسخ بالخيار مستثنى، ولا بُعْدَ

وَالأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ، دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ.

ـ كما قال شيخي ـ في ذلك وإن استبعده بعض المتأخرين لأن العقد مزلزل. فإن قيل: صحة الحوالة زمن الخيار مشكلٌ إذا كان الخيار للبائع أو لهما؛ لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري، أجيب: بأن البائع إذا أحال فقد أجاز فوقعت الحوالة مقارنةً لذلك، وذلك كافٍ. فإن قيل: هذا مشكلٌ بامتناع بيع البائع الثمنَ في زمن الخيار إذا كان له، أجيب: بأنهم لمَّا توسعوا في بيع الدين بالدين توسَّعوا في بيعه فيما ذكر بخلاف ذلك.

(والأصح صحة حوالة المكاتب سَيِّدَهُ بالنُّجوم)؛ لوجود اللزوم من جهة السيد[١] والمحال عليه فيتمُّ الغرض منها، ولصحة الاعتياض عنها في قولٍ نصَّ عليه في «الأُمِّ». وفرّق البلقيني بينها وبين دين السَّلَم: بأن السيد إذا احتال بمال الكتابة لا يتطرق إليه أن يصير الدين لغيره؛ لأنه إن قبضه قبل التعجيز فواضح، وإلَّا فمالُ المكاتب قد صار بالتعجيز للسيد، بخلاف دين السَّلَمِ قد ينقطع المُسْلَمُ فيه فيؤدي إلى أن لا يصل المحتالُ إلى حقّه.

(دون حوالة السيد) غيره (عليه) أي المكاتَبِ بمال الكتابة، فلا يصحّ لأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب، فلا يتمكن المحتال من مطالبته وإلزامه. والثاني: يصحَّان، أما الحوالةُ من المكاتب فَلِمَا مرَّ، وأما عليه فبناءً على أنها استيفاء. والثالث: لا يَصِحَّانِ، أما عليه فلما مرَّ، وأما منه فبناءً على أنها بيعٌ والاعتياض عن نجوم الكتابة غير صحيح.

واحترز المصنف بـ«النُّجوم» عمّا إذا كان للسيد عليه دين معاملةٍ وأحال عليه فإنه يَصِحُّ كما في «زوائد الروضة»، ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز[٢]؛ لأن دين المعاملة لازم في الجملة[٣] وسقوطه إنما هو بطريق التبعية بخلاف نجوم الكتابة.

---

(١) فيه أن اللازم من جهة السيد إنما هو عقد الكتابة؛ أي لا يجوز له فسخها، وكلامنا إنما هو في لزوم الدين المحال به عليه، وأجيب: بأنه يلزم من كون عقد الكتابة لازمًا من جهة السيد أن يكون دينها ـ وهو النجوم ـ لازمًا من جهته أيضًا؛ أي لا يجوز له إسقاطه بالفسخ أو التعجيز.

(٢) فلو عَجَّزَ نفسه تعلّق المحتال بما في يده من دين المعاملة، فإن لم يكن في يده شيء أخذ منه بعد العتق واليسار.

(٣) أي في غير هذه الصورة؛ أي إذا لم يحصل تعجيز، أو كان السيد أحال على المكاتب.

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا. وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الأَصَحِّ.

ولا تَصِحُّ بجُعْلِ الجعَالَةِ ولا عليه قبل تمام العمل ولو بعد الشروع فيه؛ لعدم ثبوت دينها حينئذٍ بخلافه بعد التمام.

[اشتراط العلم بما يُحال به لصحَّة الحوالة]

(ويشترط العلم[١]) أي علم كُلٍّ من المحيل والمحتال (بما يحال به وعليه قدرًا)؛ كمائة، (وصفة) معتبرة في السَّلَمِ كما قاله في «الكفاية»؛ لأن المجهول لا يصحّ بيعه إن قلنا: «إنها بيع»، ولا استيفاؤه إن قلنا: «إنها استيفاء». وسكت عن الجنس لأنه يستغنى عنه بالصفة لتناولها له لغةً. (وفي قول: تصحّ بإبل الدية وعليها) والأظهر المنع للجهل بصفتها، وصَوَّرَ المصنف في «نكت التنبيه» المسألة بقوله: «كأن يجني رجلٌ على رجلٍ موضحةً، ثم يجني المجني عليه على آخر موضحةً، فيجب عليه خمس من الإبل، فيحيل المجني عليه أوَّلًا وهو الجاني ثانيًا المجنيّ عليه ثانيًا على الجاني أوَّلًا بالخمس من الإبل».

[اشتراط تساوي المحال به وعليه لصحَّة الحوالة]

(ويشترط تساويهما) أي المحال به وعليه (جنسًا)، فلا تصحّ بالدراهم على الدنانير وعكسه. (وقدرًا) فلا تصح بخمسةٍ[٢] على عشرةٍ وعكسه؛ لأن الحوالة معاوضة ارتفاق جوِّزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق فيما ذكر كالقرض. (وكذا حلولًا وأجلًا) وقدرًا لأجَلٍ، (وصحة وكسرًا)، وجودة ورداءة (في الأصح)، وفي «الروضة»: «الصحيح»،

---

(١) أي الظنُّ؛ أي أن يظنَّ العاقدان تساوي الدَّينين.

(٢) أي بأن يأخذ العشرة بتمامها في مقابلة الخمسة. وقوله: «على عشرة»؛ أي وتصح على خمسة من العشرة؛ لأنه لا يعتبر التساوي بين دين المحيل ودين المحتال من حيث هما؛ بل المدار على التساوي بين الدين المحال به وعليه ولو كان دين المحيل في حدِّ ذاته أكثر من المحال به، ولكنَّه إنما أحال على بعض دينه لا على كلِّه.

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ .

إلحاقًا[١] لتفاوت الوصف بتفاوت القدر. والثاني: إن كان النفع فيه للمحتال جاز وإلَّا فلا، فيحيل بالمؤجّل والمكسَّر على الحَالّ الصَّحيح، وبأبعد الأجلين على الأقرب بخلاف العكس في الجميع، وكأنه تَبَرُّعٌ بالزيادة. وانقلب على المصنف في «الروضة» بعض هذه الأمثلة فقال: «بالصحيح على المكسر، وبالجيد على الرديء»، ونُسب للسهو. ولو أحال بمؤجّل على مؤجّل حلّت الحوالة بموت المحال عليه، ولا تَحِلُّ بموت المحيل لبراءة الحوالة.

تنبيه: أفهم كلام المصنف[٢] أنه لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا في الضمان، وهو كذلك؛ بل لو أحاله بدين أو على دين به رهنٌ أو ضامنٌ انفكّ[٣] الرهن وبرىء الضامن؛ لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة، فيما إذا أحال المشتري بالثمن أو الزوج بالصداق، ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك: بأن الوارث خليفة مورثه فيما يثبت له من الحقوق. ولو شرط العاقد في الحوالة رهنًا أو ضمينًا فهل يجوز أو لا؟ رجَّح ابن المقري الأول وصاحبُ «الأنوار» الثاني، وحمل شيخي الأول على ما إذا شرط ذلك على المحال عليه، والثاني على ما إذا شرط ذلك على المحيل، وهو بعيدٌ إذ المحال عليه لا مدخل له في العقد، فالمعتمد كلام صاحب «الأنوار».

[حكم ثبوت خيار الشرط والمجلس في عقد الحوالة]

ولا يثبت في عقدها خيار شرط؛ لأنه لم يُبْنَ على المعاينة، ولا خيار مجلس في الأصح وإن قلنا: «إنها معاوضة»؛ لأنها على خلاف القياس، وقيل: يثبت بناء على أنها استيفاء، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الخيار.

[مطلب: يبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال، والمحال عليه عن دين المحيل]

(ويبرأ بالحوالة المحيلُ عن دين المُحتالِ، والمحالُ عليه عن دين المحيل، ويتحوَّلُ

---

(١) علّة لمفهوم الصفة؛ أي فلا تصحّ بالصحيحة على المكسَّرة وعكسه إلحاقًا. . . إلى آخره.

(٢) حيث اقتصر على ما ذكره ولم يتعرَّض لرهنٍ ولا ضمانٍ.

(٣) فإن شرط بقاء الرهن ونحوه بطلت الحوالة؛ لأنه شرط فاسد.

حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ.

فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ، فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، . . . .

حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) أي يصير في ذمته، أو معنى صيرورته في ذمته أن الأول باقٍ بعينه؛ لكن تغيّر محلُّه إن قلنا: «الحوالة استيفاء»، وهذا ظاهر المتن؛ أو بمعنى أنه لزم الذمة ويكون الذي انتقل إليه المحتال غير الذي كان له إن قلنا: «إنها بيع»، وقد مرَّ أنه الأصح. وما ذكر هو فائدة الحوالة.

[حكم عودة المحتال على المحيل عند تعذُّر أخذ المحال به من المحال عليه]

(فإن تعذر) أخذه من المحال عليه (بفَلَسٍ) طرأ بعد الحوالة (أو جحد) منه للدين أو للحوالة (وحلف) وقوله: (ونحوهما) من زيادته على كتب الرافعي وعلى «الروضة»، وأشار به إلى التعذّر بامتناعه لشوكته أو بموته موسرًا بعد موت البينة. (لم يرجع) أي المحتال (على المحيل) كما لو أخذ عوضًا عن الدين وتلف في يده، فلو شرط عليه الرجوع بشيء من ذلك لم تصح الحوالة في أحد أوجهٍ رجّحه الأذرعي وغيره، وهو ظاهر لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها.

تنبيه: لو عبّر بـ«الإنكار» لكان أعمّ؛ لأن «الجحود» لغةً: الإنكار مع العلم.

وهل يدخل في عبارته الإقالة؛ حتى لو صدر بين المحيل والمحتال تقايُلٌ في الحوالة لم يرجع على المحيل؟ يُبْنَى على صحة الإقالة في الحوالة، والنقل فيها عزيز. وقد قال[1] البلقيني: «إنه كشف عن ذلك مصنّفات كثيرة فلم يجد التصريح بها، وأن الذي ظهر له الجواز؛ لأن الصحيح أنها بيع» والمعتمد عدم صحة الإقالة فيها، فقد جزم الرافعي بأنه لا تجوز الإقالة في الحوالة؛ ذكر ذلك في أوائل التفليس في أثناء تعليلٍ في الكلام على موت المشتري مفلسًا قبل وفاء الثمن، وقال المتولّي: «الحوالة من العقود اللازمة، ولو فسخت لا تنفسخ».

(فلو كان) المحال عليه (مفلسًا عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له)؛ لأنه

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «نقل».

وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ إِنْ شُرِطَ يَسَارُهُ.

وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الأَظْهَرِ، أَوِ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

مقصّر بترك البحث، فأشبه من اشترى شيئًا هو مغبون فيه، (وقيل: له الرجوع إن شرط يساره) لإخلاف الشرط، فأشبه ما لو شرط كون العبد كاتبًا فأخلف، ورُدَّ: بأن فوات الكتابة ليس نقصًا؛ لأنه لو لم يشرطه فلا خيار له لعدمه؛ بل هو فوات فضيلةٍ، والإعسار نقص كالعيب، فلو ثبت الرجوع عند الشرط لثبت عند عدمه.

ولو بان المحال عليه عبدًا لغير المحيل لم يرجع المحتال أيضًا؛ بل يطالبه بعد عتقه، أو عبدًا له لم تصحّ الحوالة وإن كان كسوبًا ومأذونًا له وكان لسيّده في ذمته دين قبل ملكه لسقوطه عنه بملكه. قال ابن الرفعة: «ولو قَبِلَ المحتال الحوالة بغير اعتراف بالدين كان قبولها متضمِّنًا لاستجماع شرائط الصحة، فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه، وله تحليفُ المحيل أنه لا يعلم براءته في أحد وجهين يظهر ترجيحه».

[حكم الحوالة فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثمَّ رَدَّ المبيع بعيب]

(ولو أحال المشتري) البائع (بالثمن فَرَدَّ المبيعَ بعيب) أو نحوه؛ كتحالفٍ أو إقالةٍ (بطلت في الأظهر)؛ لارتفاع الثمن بانفساخ البيع. والثاني: لا تبطل؛ كما لو استبدل عن الثمن ثوبًا فإنه لا يبطل بِرَدِّ المبيع ويرجع بمثل الثمن. وسواء في الخلاف أكان الفسخ بعد قبض المبيع ومال الحوالة أم قبله، وعلى الأول يعود الثمن ملكًا للمشتري ويردّه البائع إليه إن كان قد قبضه وهو باقٍ، أو بدله إن تلف، ولا يردّه إلى المحال عليه، فإن ردّه إليه لم تسقط عنه مطالبة المشتري؛ لأن الحق له وقد قبضه البائع بإذنه، فإذا لم يقع عن البائع يقع عنه، ويتعين حقّه فيما قبضه البائع؛ حتى لا يجوز إبداله إن بقيت عينه. وإبراء البائع المحال عليه عن الدين قبل الفسخ كقبضه له فيما ذكر، فللمشتري مطالبته بمثل المحال به.

(أو) أحال (البائع) شخصًا (بالثمن)على المشتري، (فَوُجدَ الرَّدُّ) للمبيع بعيب أو نحوه كما مرَّ (لم تبطل على المذهب)، سواء أقبض المحتال المال أم لا. والطريق

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ، . . . .

الثاني: طَرْدُ القولين في المسألة قبلها، وفرّق الأول: بتعلّق الحق هنا بثالث وهو الذي انتقل إليه الثمن، فلم يبطل حقّه بفسخ المتعاقدين؛ كما لو تصرّف البائع في الثمن ثم ردّ المشتري ما اشتراه بعيب فإن تصرّفه لا يبطل. ويؤخذ من هذا الفرق أن البائع في المسألة الأُولى لو أحال على من أُحيل عليه لم تبطل لتعلُّقِ الحق بثالثٍ، وهو الظاهر. وعلى المذهب لا يرجع المشتري على البائع بالثمن إلَّا بعد تسليمه وإن كانت الحوالة كالقبض؛ لأن الغرم إنما يكون بعد القبض حقيقة لا حكمًا؛ لكن له مطالبته بطلب القبض منه ليرجع على البائع.

فرع: لو أحالها زوجُهَا بصداقها ثم طلّقها قبل الدخول، أو انفسخ النكاح قبله بِرِدَّتِهَا أو بعيبٍ أو بخلف شرط لم تبطل الحوالة، ويرجع الزوج عليها بكلِّ الصداق إن انفسخ النكاح، وبنصفه إن طَلَّقَ. فإن قيل: الحق هنا لم يتعلق بثالث، فكان ينبغي البطلان كالمسألة الأُولى، أجيب: بأن الصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد زيادةً متصلةً لم يرجع فيه إلَّا برضاها بخلاف البيع ونحوه.

[حكم الحوالة فيما إذا باع عبدًا وأحال بثمنه ثم اتفق المتبايعان على حُرِّيَّتِهِ]

(ولو باع عبدًا وأحال بثمنه) على المشتري **(ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته، أو ثَبَتَتْ ببيّنة)** يقيمها العبد أو شهدت حسبةٍ **(بطلت الحوالة)**؛ لأنه بان أن لا ثمن حتى يحال به، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقّه كما كان، وهكذا كُلُّ ما يمنع صحة البيع ككونه مُسْتَحَقًّا. ومحل إقامة العبد البينة إذا تصادق المتبايعان بعد بيعه لآخر كما صوّرها القاضي أبو الطيب؛ إذْ لا يتصور إقامته لها قبل بيعه؛ لأنه محكوم بحريته بتصادقهما، فإن لم يصدق المحتال فلا تسمع دعواه ولا بَيِّنَتُهُ؛ نبّه عليه ابن الرفعة وغيره. ومثله شهادة الحسبة لأنها إنما تقام عند الحاجة، ولا حاجة قبل البيع. ولا يتصوّر أن يقيم البينة بالحرية المتبايعان لأنهما كذباها بالبيع؛ كذا قالاه هنا، وذكرا في آخر كتاب الدعوى أنه لو باع شيئًا ثم ادَّعى أنه كان وَقْفًا عليه، أو أنه باعه وهو لا يملكه ثم ملكه: إن قال حين باع: «هو ملكي» لم تُسمع دعواه ولا بيّنتُهُ،

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي.

وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: «وَكَّلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي»، وَقَالَ ....

وإن لم يقل ذلك سُمعت كما نصَّ عليه في «الأمّ»، قال العراقيون: «وغلّط الروياني من قال بخلافه». انتهى، ويمكن حَمْلُ ما هنا على ما هناك. ومحلّ الخلاف ـ كما بحثه الزركشي وغيره ـ إذا لم يذكر البائع تأويلًا، فإن ذكره ـ كأن قال: «كنتُ أعتقتُه ونسيتُ» أو «اشتبه عليّ» ـ سُمعت قطعًا؛ كنظيره فيما لو قال: «لا شيء لي على زيد» ثم ادَّعى عليه دينًا.

تنبيه: المراد بالبطلان هنا عدم الصحة؛ لأن الحوالة لم يتقدَّم لها صحة، بخلاف البطلان في الردّ بالعيب ونحوه فإنه بطريق الانفساخ.

(وإن كَذَّبَهُمَا المحتال) في الحرية (ولا بيّنة حَلَّفَاهُ على نفي العلم) بها؛ لأن هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لا يتعلق به، فيقول: «والله لا أعلم حريته». وعبارته قد تُوهم توقُّف الحلف على اجتماعهما، والموافق للقواعد أنه يحلف لمن استحلفه منهما، أما البائع فلغرض بقاء ملكه في الثمن، وأما المشتري فلغرض رفع المطالبة؛ لكنه إذا حلفه أحدهما لم يحلفه الثاني كما قال شيخي: «إنه الأوجه؛ لأن خصومتهما واحدة» وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين.

(ثم) بعد حلفه (يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة، ثم يرجع به المشتري على البائع في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» وجرى عليه ابن المقري؛ لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة. ورجّح البغوي الوجه الآخر؛ لأنه يقول: «ظلمني المحتال بما أخذه»، والمظلوم لا يرجع إلَّا على ظالمه.

فإن نَكَلَ المحتالُ عن اليمين حلف المشتري على الحرية وتبيّن بطلان الحوالة؛ بناءً على أن اليمين المردودة كالإقرار، أما إذا جعلناها كالبينة فلا إذ لا فائدة في التحليف كما قاله ابن الرفعة.

[الاختلاف بين المستحَقِّ عليه والمستحِقِّ في صفة العقد]

(ولو قال المُسْتَحَقُّ عليه) للمستحِقِّ: (وَكَّلْتُكَ لتقبض لي) ديني من فلان، (وقال

الْمُسْتَحِقُّ: «أَحَلْتَنِي»، أَوْ قَالَ: «أَرَدْتُ بِقَوْلِي: أَحَلْتُكَ الْوَكَالَةَ»، وَقَالَ الْمُسْتَحِقُّ: «بَلْ أَرَدْتَ الْحَوَالَةَ» صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ. . . . . .

المستحِقُّ: أحلتني) به. (أو قال) الأول: (أردتُ بقولي: أحلتك) به (الوكالةَ، وقال المستحِقُّ: بل أردتَ) بذلك (الحوالة صُدِّقَ المستحَقُّ[١] عليه بيمينه)؛ لأنه أعرف بإرادته، والأصل بقاء الحَقَّيْنِ. قال البلقيني: ومن هذا يؤخذ أنَّ «أحلتك» فيما ذكر كناية وقد قدمت ما فيه، وعلى كلامه لو لم يكن له إرادة فلا حوالة ولا وكالة. (وفي الصورة الثانية وجهٌ) بتصديق المستحِقِّ بيمينه لأن الظاهر منعه. ومحلُّ الخلاف إذا قال: «أحلتُكَ بمائة على زيد» ونحو ذلك، أما إذا قال: «أحلتُك بالمائة التي لك عليّ بالمائة التي لي على زيدٍ» فالقول قول المستحِقِّ قطعًا؛ لأن ذلك لا يحتمل غير الحوالة.

تنبيه: أشار المصنف بقوله: «المستحِقُّ والمستحَقُّ عليه» إلى أن صورة المسألة أن يتَّفقا على الدين، فلو أنكر مدّعي الوكالة الدين في الحالة الأُولى صُدّق بيمينه قطعًا، وكذا في الثانية عند الجمهور.

فإذا حلف المستحَقُّ عليه في الصورتين الأوليين واندفعت الحوالة، بإنكار الآخر الوكالة انعزل فليس له قبض، فإن كان قد قبض المال قبل الحلف برىء الدافع له؛ لأنه محتال أو وكيل، ووجب تسليمه للحالف إن كان باقيًا وبدّله إن كان تالفًا، وحقّه عليه باقٍ، فإن خشي امتناع الحالف من تسليم حقّه له كان له في الباطن أخذ المال وجحد الحالف؛ لأنه ظفر بجنس حقّه من مال الحالف وهو ظالمه.

ولو تلف المقبوض مع القابض بلا تفريط منه لم يطالبه الحالف لزعمه الوكالةَ والوكيلُ أمينٌ، ولم يطالب هو الحالف لزعمه الاستيفاء. أو تلف معه بتفريطٍ طالبه لأنه صار ضامنًا، وبطل حقّه لزعمه استيفاءه.

---

(١) وهو بفتح التاء والحاء، ؛ أي وبطلت الحوالة، وبإنكار المحتال الوكالة انعزل، وحينئذٍ إن لم يكن قبض امتنع عليه القبض؛ لأنه لا محتال ولا وكيل في ظَنِّهِ، وإن كان قبض ردّ ما قبضه على المحيل؛ لأنه وكيل في ظَنّه، ويبقى حقه في ذمته.

وَإِنْ قَالَ: «أَحَلْتُكَ»، فَقَالَ: «وَكَّلْتَنِي» صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ.

(وإن قال) المستحَقُّ عليه: («أحلتُكَ» فقال) المستحِقُّ («وَكَّلْتَنِي») أو قال: «أردتَ بقولك أحلتُكَ الوكالة» (صدق الثاني بيمينه) في الأُولى جزمًا؛ لأن الأصل بقاء حقّه، وفي الثانية في الأصح، ويظهر أثر فائدة هذا الخلاف عند إفلاس المحال عليه. وإذا حلف المستحِقُّ في الصورتين اندفعت الحوالة ويأخذ حقّه من الآخر، ويرجع به الآخر على المحال عليه في أحد وجهين رجّحه ابن المقري تبعًا لاختيار ابن كج. فإن كان قد قبضه فله تملّكه بحقِّه لأنه من جنس حقّه، وإن تلف بلا تفريطٍ لم يضمن، لأنه وكيلٌ وهو أمينٌ، أو بتفريطٍ ضمن وتَقَاصَّا.

خاتمة: للمحتال أن يحيل غيره، وأن يحتال من المحال عليه على مدينه.

ولو أجّر جندي إقطاعه وأحال ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات تبيّن بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدّة، وبطلان الحوالة فيما يقابله، وتصحّ الإجارة في المدّة التي قبل موت المؤجّر، فتصحّ الحوالة بقدرها، ولا يرجع المحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك ويبرأ المحيل منه.

ولو أقرض شخصٌ اثنين مائةً مثلًا على كُلِّ واحدٍ منهما خمسون وتضامنا، فأحال بها شخصًا على أن يأخذ من أيِّهما شاء جاز في أصح الوجهين، وقيل: لا يجوز لأنه لم يكن له إلَّا مطالبة واحد، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة. ووجه الأول: أنه لا زيادة في القدر ولا في الصفة. قال الإسنوي: «ولو أحال على أحدهما بخمسين فهل تنصرف إلى الأصلية أو توزّع، أو يرجع إلى إرادة المحيل، فإن لم يُرِدْ شيئًا صرفه بنيّته؟ فيه نظر، وفائدته فكاك الرهن الذي يأخذه؛ أي بخمسين». انتهى، والقياس ـ كما قال شيخنا ـ الرجوع إلى إرادته.

ولو أقام بينةً أن غريمه الدائن أحال عليه فلانًا الغائب سُمعت وسقطت مطالبته له، فإن لم يُقِمْ بينة صدق غريمه بيمينه. ولا يُقْضَى بالبينة للغائب بأن تثبت بها الحوالة في حقّه؛ حتى لا يحتاج إلى إقامة بَيِّنَةٍ إن قَدِمَ في أحد وجهين رجّحه ابن سريج؛ إذ لا يقضى بالبينة للغائب، والوجه الثاني: يُقْضَى بها، وهو احتمالٌ لابن الصباغ؛ لأنه إذا قَدِمَ يَدَّعِي على المحال عليه لا المحيل وهو مقرّ له، فلا حاجة إلى إقامة البينة.

٨ ـ باب الضَّمان

. . . .

باب الضَّمان[١]

[تعريف الضمان ودليل مشروعيَّته]

هو لغةً: الالتزامُ[٢]. وشرعًا: يقال لالتزام حَقٍّ ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة، ويقال للعقد[٣] الذي يحصل به ذلك. ويسمَّى المُلْتَزِمُ لذلك «ضامنًا» و«ضمينًا» و«حَمِيلًا» و«زَعِيمًا» و«كافلًا» و«كفيلًا» و«صبيرًا» و«قبيلًا»، قال الماوردي: «غير أن العُرْف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الدِّيات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع».

والأصل فيه قبل الإجماع أخبارٌ كخبر: «الزَّعِيمُ[٤] غَارِمٌ»[٥] رواه الترمذي وحسّنه

---

(١) ذكره بعد الحوالة؛ لأن كُلًّا منهما يترتب عليه قطع النزاع، ولأن في كُلٍّ منهما شغل ذمةٍ بدينٍ لم تكن مشغولة به قبل ذلك. والنون في الضمان يحتمل أن تكون زائدة إن أخذ من «الضَّمّ»؛ لِمَا فيه من ضمّ ذمةٍ إلى أخرى، ويحتمل أنها أصلية إن أخذ من «الضِّمْنِ»؛ لأن المال في ضمن ذمة الضامن، وعبارة «ق ل»: من «الضِّمْنِ»؛ لأن المال في ضمن ذمة الضامن؛ لا من «الضَّمّ» لِمَا فيه من ضَمّ ذمة إلى أخرى؛ لأن نونه أصلية.

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الضمان، (٣/ ١٤٠).

(٢) أي مطلقًا؛ سواء كان لمالٍ أو لا، وسواء كان بعقدٍ أو لا. والالتزام أثر العقد وثمرته، وإنما سُمِّيَ التزام المال ضمانًا لأن المتكفل بدين غيره يجعله في ذمته، وكُلّ شيء جعلته في شيء فقد ضَمَّنْتَهُ إياه، فالضمان من «الضِّمْنِ» على هذا.

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الضمان، (٣/ ١٤٠).

(٣) المراد بـ«العقد» قوله: «ضمنت» أو «كفلت»، وهذا من غير الغالب؛ لأن الغالب أن العقد مركب من إيجاب وقبول.

(٤) ويُسَمَّى زعيمًا؛ لأنه يشبه الأعمى في أنه لا يدري ما أمامه، فالأعمى لا يبصر ما أمامه في الطريق من أنها سالكة أو لا، أو أن قُدَّامه بئر يقع فيها أو لا، فكذلك الزعيم لا يدري هل المضمون عنه يدفع الدين أو لا، أو أنه هو يسلم من الغرم أو لا.

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية / ٣٥٦٥/ . والترمذي في «جامعه»، كتاب الوصايا، =

شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ، ....

وابنُ حبَّان وصحّحه، وخبر الصحيحين: أنه ﷺ أُتي بجنازة، فقال: «هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟» قالوا: لَا، قال: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قالوا: ثلاثة دنانير؛ فقال: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، قال أبو قتادة: صَلِّ عليهِ يَا رَسُولَ اللهِ وعليَّ دَيْنُهُ. فَصَلَّى عَلَيْهِ[1]، وذكرت في «شرح التنبيه» ما له بهذا الخبر تعلّق، وإنما لم أستدلّ بقوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] لأنه شَرْعُ مَنْ قبلنا، وهو ليس بشرع لنا على الصحيح وإن ورد في شرعنا ما يقرّره خلافًا لبعض المتأخِّرين.

[أركان الضمان]

وأركان ضمان المال خمسة[2]: ضامنٌ، ومضمونٌ له[3]، ومضمونٌ عنه[4]، ومضمونٌ به[5]، وصيغةٌ، وكُلُّهَا تؤخذ من كلامه كما ستراه.

[الركن الأول: الضامن]

وبدأ بشرط الضامن، فقال: (شرط الضامن) ليصحّ ضمانه (الرّشد)، وهو كما تقدم في باب الحجر صلاح الدين والمال؛ لأن الضمان تصرّف ماليّ، فلا يصحّ من مجنون

= باب ما جاء لا وصية لوارث /٢١٢٠/. وابن ماجه، أبواب الصدقات، باب الكفالة /٢٤٠٥/.
قال المباركفوريُّ رحمه الله تعالى: وأخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وحسَّنه الحافظ أيضًا في «التلخيص»، وقال في «الفتح»: في إسناده إسماعيل بن عيَّاش، وقد قَوَّى حديثه إذا روى عن الشاميين جماعةٌ من الأئمَّة منهم أحمد والبخاريُّ، وهذا من روايته عن الشاميين؛ لأنه رواه عن شرحبيل بن مسلم، وهو شاميّ ثقة، وصرَّح في روايته بالتحديث عند الترمذيِّ، وقال الترمذيُّ: حديث حسن.
انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيّ، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، (٦/ ٣١٠).

(١) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الحوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز /٢١٦٨/. ومسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالًا فلورثته /٤١٥٧/.
قلت: روي عندهما بلفظ قريب من لفظ الترجمة، وهو عند مسلم دون ذكر قول أبي قتادة له ﷺ.

(٢) أما ضمان إحضار البدن أو ردّ العين المضمونة فأربعة؛ لسقوط المضمون عنه الذي هو الشخص؛ «م د».

(٣) وهو صاحب الدَّين.

(٤) وهو المدين؛ أي ضمن عنه ما عليه.

(٥) أي الذي وقع الضمان بسببه وهو الدين، والأَوْلَى حذف «به»؛ لأنَّ المال مضمونٌ.

وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ، وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ،

وصبيّ ومحجور عليه بسفهٍ[١] لعدم رشدهم.

تنبيه: يَرِدُ على طرد هذه العبارة المُكْرَهُ والمكاتَبُ إذا ضمن بغير إذن سيّده والأخرسُ الذي لا تفهم إشارته ولا يحسن الكتابة والنائمُ، فإنهم رشداء ولا يصحّ ضمانهم. وعلى عكسها السَّكرانُ المتعدّي بسُكره ومَنْ سفه بعد رشده ولم يحجر عليه والفاسقُ، فإنهم يصحّ ضمانهم وليسوا برشداء، فلو عبّر بـ«أهلية التبرّع والاختيار» لَسَلِمَ من ذلك. فإن قيل: يَرِدُ عليه الصبي أيضًا فإنه وَصَفَ الصبيان في كتاب الصيام بالرشد، أجيب: بأن المراد بالرشد هنا صلاح الدين والمال كما مرَّ، والصبي ليس كذلك، وإطلاق الرشد عليه هناك مجازٌ.

ولو ضمن شخص ثم قال: «كنتُ وقت الضمان صبيًّا» وكان في سِنٍّ محتمل قُبِلَ قوله بيمينه، وكذا لو قال: «كنت مجنونًا» وعرف له جنون سابق صدق، وهذا بخلاف ما لو زوّج أَمَتَهُ ثم ادَّعى ذلك، فإن الأصح تصديق الزوج كما دلَّ عليه كلام الرافعي قُبيل الصداق؛ لأن الأنكحة يحتاط فيها غالبًا، والظاهر أنها تقع بشروطها وإن نَظَرَ في ذلك الأذرعي: بأن أكثر الناس يجهل الشروط. والغالب على العقود التي ينفرد بها العَامَّةُ الاختلال.

(**وضمان محجور عليه بفلس**) في ذمته (**كشرائه**) بثمنٍ فيها[٢]، والأصح صحَّته كما سبق، ويطالب بما ضمنه إذا انفكَّ عنه الحجر وأيسر.

(**وضمان عبد بغير إذن سيّده**) مأذونًا كان أو غيره (**باطل في الأصحّ**)؛ لأنه إثبات مالٍ في الذمة بعقدٍ فلم يصحّ كالنكاح، نعم إن ضمن سيّده صَحَّ لأن ما يؤدي منه ملكه. فإن قيل: قد صرَّحوا بصحة خلع الأَمَةِ بغير إذن سيّدها مع أنه إثبات مالٍ في الذمة، فَهَلَّا

---

(١) وإن أذن له وليُّه. فلو ادَّعى الضامن الصِّبَا أو الجنون وقت الضمان صُدِّقَ بيمينه إن أمكن الصِّبَا وعهد الجنون، ومثله السفيه إن عهد له سفه، وهذا بخلاف ما لو ادَّعى الصبا أو الجنون أو السفه بعد صدور البيع منه، فإنه لا يقبل منه؛ لأنه معاوضة محضة فاحتيط له؛ «ز ي».

(٢) أي ذمَّتِهِ.

وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ، وَإِلَّا فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ، . . . .

كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن الأَمَةَ قد تحتاج إلى الخلع لسوء عشرة الزوج، ولا ضرورة إلى الضمان. والثاني: يصحّ ويتبع به إذا عتق وأيسر؛ إذ لا ضرر على السَّيِّدِ؛ كما لو أقرّ بإتلاف مال وكذَّبه السيد.

(**ويصحّ بإذنه**) حتى عن السَّيِّدِ؛ لأن المنع إنما كان لحقه وقد زال بالإذن. ولا يجب عليه أن يضمن وإن كان الإذن بصيغة الأمر كما يؤخذ من اقتصار المتن على الصحة، بخلاف البيع ونحوه من التصرفات؛ لأنه لا سلطنة للسيد على ذمة عبده. قال الإسنوي: «وهل يشترط معرفة السيد قدر الدين؟ فيه نظرٌ، والمتّجه اشتراطه بناء على تعلّقه بمال السيد لا بذمة العبد». انتهى. أما سيّده فلا يصحّ ضمان رقيقه له؛ لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيّده فهو كما لو ضمن المستحِقُّ لنفسه، وقضية ذلك صحة ضمان المكاتب لسيّده، وهو كذلك.

وإذا أدّى الرقيق ما ضمنه عن الأجنبي بالإذن من سيّده بعد العتق فحقُّ الرجوع له، أو قبل العتق فحقُّ الرجوع لسيّده، أو أدّى ما ضمنه عن السَّيِّدِ فلا رجوع له وإن أدّاه بعد عتقه كما اقتضاه كلام «الروضة» وجزم به ابن المقري، وفارقت هذه ما قبلها بأن منفعة الرقيق فيها وقعت للسيد فكأنه استوفاها حال رِقّهِ كمسألة الإجارة؛ بخلافها في تلك فإنها وقعت للأجنبي فكان الرجوع عليه.

(**فإن عين**) السَّيِّدُ (**للأداء كسبه أو غيره**) من أموال السيد (**قَضَى منه**) لتصريحه بذلك، نعم إن قال له: «اضمن في مال التجارة» وعليه دينٌ وحجر القاضي عليه باستدعاء الغرماء لم يؤدّ مما في يده؛ لأن تعلّق حق الغرماء سابق، أما إذا لم يحجر عليه فيتعلّق بالفاضل عن حقوق الغرماء رعايةً للجانبين.

(**وإلّا**)؛ بأن اقتصر له على الإذن في الضمان (**فالأصح أنه إن كان مأذونًا له في التجارة تعلّق**) غرم الضمان (**بما في يده**) وقت الإذن في الضمان ربحًا ورأس مالٍ، (**وما يكسبه بعد الإذن**) له في الضمان كما في المهر. فإن قيل: لِمَ اعتبروا في الكسب هنا

وَإِلَّا فَبِمَا يَكْسِبُهُ.

وَالأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ، . . . .

حدوثه بعد الإذن، وثَمَّ حدوثه بعد النكاح؟ أجيب: بأن الدين المضمون كان موجودًا حال الإذن في الضمان فتعلّق بما بعد الإذن، بخلاف المهر وسائر مؤن النكاح.

(وإلَّا) أي وإن لم يكن مأذونًا له في التجارة (فبما) أي فيتعلَّق غرم الضمان بما (يكسبه) بعد الإذن فيه. والوجه الثاني: يتعلَّق بذمته في القسمين يُتبع به بعد العتق. والثالث في الأول: يتعلق بما يكسبه بعد الإذن فقط. والرابع: يتعلق بذلك وبالربح الحاصل في يده فقط. والثالث في الثاني: يتعلق برقبته.

وأُمُّ الولد والمدبر والمعلّق عتقه بصفة والمُبَعَّضُ إذا لم تَجْرِ بينه وبين سيّده مهايأة أو جرت وضمن في نوبة سيّده كالقِنّ فيما ذكر، أما إذا جرت مهايأة في المُبَعَّضِ فإنه يصحّ الضمان إذا ضمن في نوبته ولو بغير إذن سيّده. ويصحّ ضمان المكاتب بإذن سيّده لا بدونه كسائر تبرعاته، ويؤخذ مما مرَّ أنه لو ضمن سيّده صحّ. وأما العبد الموقوف فقال في «المطلب»: «ينبغي أن يجزم بعدم صحة ضمانه إذا قلنا بالمشهور أنه لا يصح عتقه لعدم فائدته»، قال: «والظاهر أن الموصَى برقبته دون منفعته أو بالعكس كالقِنِّ، لكن هل المعتبر إذن مالك الرقبة أو المنفعة؟ يشبه أن يكون فيه خلاف يلتفت إلى أن ضمان القِنِّ يتعلق برقبته أو بذمته أو بكسبه»، قال الأذرعي: «وفيه نظرٌ؛ لأنه إذا أوصى بمنفعته أبدًا فلا سبيل إلى التعلّق بكسبه بإذن مالك الرقبة بمفرده، فإما أن يعتبر إذنهما جميعًا أو لا يصحّ». انتهى، والأوجه ـ كما قال شيخي ـ اعتبار إذنهما؛ لأن الضمان يتعلق بالأكساب النادرة وهي لمالك الرقبة، خلافًا لبعض المتأخرين من أن الأَوْجَه اعتبار إذن الموصَى له بالمنفعة؛ بناءً على الشقّ الأخير من كلام «المطلب».

ويصحّ ضمان المرأة بغير إذن زوجها كسائر تصرفاتها.

[الركن الثاني: المضمون له]

ثم شرع في شرط المضمون له، وهو الركن الثاني، فقال: (والأصح اشتراط معرفة المضمون له) وهو مُسْتَحِقُّ الدَّيْنِ لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديدًا وتسهيلًا،

وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ، . . . .

وأفتى ابن الصلاح وغيره بأن معرفة وكيل المضمون له كمعرفته، وابنُ عبد السلام وغيره بخلافه، وجرى بين ابن الصلاح وابن عبد السلام في ذلك محاوراتٌ، والأوّل أوجه؛ لأن كثيرًا من الناس لا يُوَكِّلُ إلَّا من هو أشدّ منه في الطلب فيكون المُوَكِّلُ أسهلَ منه في ذلك غالبًا، وقال الأذرعي: «الظاهر المختار الصحة؛ لأن أحكام العقد تتعلّق بالوكيل، وقد وقع الإجماع الفعليُّ على المعاملة للأيتام والمحجورين الذين لا يعرفهم المَدِيْنُ بحالٍ، والمماراة فيه جمود لا يليق بابن عبد السلام فمن دونه». انتهى. والثاني: لا يشترط لظاهر الآية وحديث أبي قتادة المتقدّم[1]، فإنه ضمن لمن لا يعرفه، ولأنه ﷺ لم يسأله هل يعرفه أو لا، فكان على عمومه.

تنبيه: قوله: «معرفة المضمون له»؛ أي معرفة الضامن المضمونَ له كما أفصح به في «التنبيه» و«الحاوي»، فأضاف المصدر إلى المفعول، وهو قليلٌ. قال في «المطلب»: «والمراد معرفته بالعين لا الاسم والنسب كما دلّ عليه كلام الماوردي، ولا المعاملة كما قاله صاحب المعين».

(و) الأصح على الأول (أنه لا يشترط قبوله) للضمان (و) لا (رضاه)؛ لعدم التعرّض لذلك في حديث أبي قتادة السابق[2]. والثاني: يشترط الرضا ثم القبول لفظًا، والثالث: يشترط الرضا دون القبول لفظًا.

تنبيه: لو زاد «لا» قبل «رضاه» كما قَدَّرْتُهَا تبعًا للمحرّر لكان أَوْلى؛ لأن المقصود نفي كُلٍّ منهما، ومع حذفها لا يستفاد إلَّا نفي الهيئة الاجتماعية، وحينئذٍ فيصدق الكلام بالوجه الثالث.

---

(١) أخرجه البخاريُّ في «صحيحه»، كتاب الحوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز /٢١٦٨/ في حديث طويل، وفيه قول النبيِّ ﷺ: «فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: صلّوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينُه. فصلّى عليه».
وأخرجه مسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالًا فلورثته /٤١٥٧/ بلفظ قريب من لفظ البخاريِّ رحمه الله تعالى؛ لكن ليس فيه ذكر قول أبي قتادة رضي الله تعالى عنه.

(٢) انظر الحديث السابق.

وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ: كَوْنُهُ ثَابِتًا، ....

[الركن الثالث: المضمون عنه]

ثم شرع في ذكر المضمون عنه حُرًّا كان أو رقيقًا، موسرًا أو معسرًا، وهو الركن الثالث، فقال: (ولا يشترط رضا المضمون عنه) وهو المدين (قطعًا)؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أَوْلى، وكما يصحّ الضمان عن الميت اتفاقًا وإن لم يخلف وفاءً. (ولا معرفته في الأصحّ) قياسًا على رضاه؛ إذ ليس ثَمَّ معاملة. والثاني: يشترط ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحقُّ اصطناع المعروف أو لا، ورُدَّ: بأن اصطناع المعروف لأهله ولغير أهله معروفٌ.

[الركن الرابع: المضمون]

ثم شرع في شرط المضمون، وهو الركن الرابع، فقال: (ويشترط في المضمون) ـ وهو الدين أو العين المضمونة ـ (كونه) حقًّا (ثابتًا) حال العقد، فلا يصحّ ضمان ما لم يجب؛ سواء أجرى سبب وجوبه ـ كنفقة ما بعد اليوم(١) للزوجة(٢) وخادمها ـ أم لا؛ كضمان ما سيقرضه لفلان؛ لأن الضمان وثيقة بالحَقِّ فلا يسبقه كالشهادة. فيصحّ بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته، لا بنفقة القريب لمستقبلٍ كما مرَّ في نفقة الزوجة، وفي يومه وجهان: صحَّح الأذرعي وغيره منهما المنع أيضًا؛ لأن سبيلها سبيل البِرِّ والصلة لا سبيل الديون، ولهذا تسقط بمضيّ الزمان وضيافة الغير.

ويكفي في ثبوت الحَقِّ اعتراف الضامن، لا ثبوته على المضمون عنه، فلو قال شخصٌ: «لزيدٍ على عمرو مائة وأنا ضامنه» فأنكر عمرٌو فَلزيدٍ مطالبة القائل في الأصح؛ ذكره الرافعي في الإقرار بالنسب.

---

(١) أما نفقة اليوم وما قبله فيصحُّ ضمانها لوجوبها.

(٢) خرج نفقة القريب، فلا يصح ضمانها مطلقًا؛ لأنها مجهولة، ولسقوطها بمضي الزمان؛ لأن سبيل نفقة القريب سبيل البِرّ؛ أي الإحسان؛ أي وإن كانت واجبة أيضًا؛ بخلاف نفقة الزوجة فسبيلها الوجوب، فإنها واجبة في مقابلة التمتع، فنفقتها مقدَّمة على نفقة الأقارب؛ «س ل».

وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ. وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيبًا أَوْ نَاقِصًا . . . . . .

تنبيه: قوله: «ثابتًا» صفة لموصوف محذوف؛ أي «حقًّا ثابتًا» كما قدّرته في كلامه، وهو ما صرَّح به الرافعي في كتبه والمصنِّفُ في «الروضة»، فيشمل الأعيان المضمونة كما قدرته في كلامه أيضًا، وسيأتي التنبيه عليها، والدين سواءٌ كان مالًا أم عملًا في الذمة بالإجارة، بخلاف الرهن فإنه لمَّا لم يصحّ على الأعيان صرَّح فيه بالدين، فقال هناك: «ويشترط كونه دينًا ثابتًا».

(وصحّح) في **(القديم ضمان ما سيجبُ)**؛ كثمن ما سيبيعه أو ما سيقرضه؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه.

(والمذهب: صحة ضمان الدَّرَكِ) بفتح الراء وسكونها، وهو التبعة، أي المطالبة والمؤاخذة وإن لم يكن بحقٍّ[1] ثابت؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويُخاف أن يخرج ما يبيعه مُسْتَحَقًّا ولا يظهر به فاحتيج إلى التوثّق به، ويسمَّى أيضًا «ضمانَ العهدة» لالتزام الضامن ما في عهدة البائع بِردِّه. والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصَّكِّ المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن؛ لأنه مكتوب في العهدة مجازًا، تسميةً للحالِّ باسم المحلِّ. **(بعد قبض الثمن)**؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلَّا بقبضه. وخرج بـ«بعد قبض الثمن» ما لو ثبت دين على غائبٍ فباع الحاكم عقاره من المدّعي بدينه وضمن له الدَّرَكَ شخصٌ إن خرج المبيع مُسْتَحَقًّا فإنه لا يصحّ الضمان ـ قاله البغوي ـ لعدم القبض، ونحوه ما في «فتاوى ابن الصلاح»: لو أجّر المديون وقفًا عليه بدينه وضمن ضمان الدَّرَكِ، ثم بان بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف لا يلزم الضامنَ شيءٌ من الأجرة؛ لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله، فلم يَفُتْ عليه شيء.

(وهو) أي ضمان الدَّرَكِ **(أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مُسْتَحَقًّا)** أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر، **(أو معيبًا)** وردّه المشتري، **(أو ناقصًا)** إما لرداءته

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «له حقٌّ».

لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ. . . . .

أو (لنقص الصَّنْجَةِ) التي وزن بها، وهي بفتح الصاد فارسية وعُرِّبَتْ، والجمع «صنج»، ويقال: «سَنْجَة» بالسين خلافًا لابن السكيت[1]، وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيجب، ووجه صحته ما مرَّ، وفي قول: هو باطل لأنه ضمان ما لم يجب، ورُدَّ: بأنه إن خرج المبيع كما ذكر تبيّن وجوب رَدِّ الثمن، وقطع بعضهم بالأول، وعليه يشترط علم الضامن بقدر الثمن، فإن جهله لم يصحّ.

وكيفية ضمان الدرك بالثمن أن يقول للمشتري: «ضمنتُ لكَ عهدةَ الثمن أو دَرَكَهُ أو خلاصك منه»، فإن قال: «ضمنتُ لك خلاصَ المبيع» لم يصحّ؛ لأنه لا يستقلّ بتخليصه إذا اسْتُحِقَّ، فإن شَرَطَ في البيع كفيلًا بخلاص المبيع بَطَلَ البيع لفساد الشرط، وإن ضمن دَرَكَ الثمن وخلاص المبيع معًا صحّ ضمان الدَّرَكِ دون ضمان خلاص المبيع تفريقًا للصفقة.

ولا يختص ضمان الدرك بالثمن؛ بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مُسْتَحَقًّا، أو أُخِذَ بشفعةٍ سابقة، أو معيبًا، أو ناقصًا إما لرداءته أو لنقص الصَّنْجَةِ. ولو ضمن عهدة فساد البيع بغير الاستحقاق أو عهدة العيب أو التلف قبل قبض المبيع صحَّ للحاجة إليه، ولا يدخل ذلك تحت ضمان العهدة بأن يقول: «ضمنتُ لك عهدة أو دَرَكَ الثمن أو المبيع» من غير ذكر استحقاق أو غيره مما ذُكر؛ لأن المتبادر منه إنما هو الرجوع بسبب الاستحقاق. ولو خصّ ضمان الدَّرَكِ بنوع ـ كخروج المبيع مُسْتَحَقًّا ـ لم يطالب بجهة أخرى، ولو خرج بعض المبيع مُسْتَحَقًّا طولب الضامن بقسط المستحقّ.

تنبيه: قد يُفهم كلام المصنف عدم صحة ضمان العهدة للمستأجر، وفيه وجهان حكاهما الشيخان في باب الإجارة، رجّح منهما ابن الرفعة الصحّةَ، وهو الظاهر.

ويصحّ ضمان عهدة المُسْلَمِ فيه بعد أدائه للمُسْلِمِ إن اسْتُحِقَّ رأسُ المال المعين، ولا يصحّ ضمان رأس المال للمُسْلِمِ إن خرج المُسْلَمُ فيه مُسْتَحَقًّا؛ لأنه في الذمة

(١) في المخطوط: «لابن السكن».

وَكَوْنُهُ لَازِمًا، لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ، ....

والاستحقاق لا يتصوَّر فيه، وإنما يتصور في المقبوض.

فرع: لو اختلف الضامن والبائع في نقص الصَّنْجَةِ صُدّق الضامن بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته، أو البائعُ والمشتري صُدّق البائعُ بيمينه؛ لأن ذمة المشتري كانت مشغولةً؛ بخلاف الضامن فيما ذكر، وإذا حلف البائع طالب المشتري بالنقص لا الضامن؛ إلَّا إن اعترف أو قامت بينة.

قال في «المطلب»: «والمضمونُ في هذا الفصل ليس هو ردّ العين وإلَّا فكان يلزم أن لا تجب قيمته عند التلف؛ بل المضمون ماليّته عند تعذّر ردّه»، قال: «وهذا لا شكّ فيه عندي وإن لم أَرَهُ مسطورًا».

فائدة: قال ابن سريج: «لا يَضْمَنُ دَرَكَ المبيع إلَّا أحمق»، وهو كقول الإمام الشافعي رضي الله عنه: «لا يدخل في الوصية إلَّا أحمق أو لِصّ»، وأراد به الغالب في الناس.

(وكونه) أي المضمون دينًا (لازمًا[1]) غير مستقرّ؛ كالمهر قبل الدخول أو الموت، وثمن المبيع قبل قبضه، ودين السَّلَمِ؛ للحاجة إلى التوثُّق لأنه آيلٌ إلى الاستقرار. (لا كنجوم كتابة)؛ لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ، فلا معنى للتوثّق عليه. ويصحّ الضمان عن المكاتب[2] بغيرها لأجنبي لا للسيد؛ بناءً على أن غيرها[3] يسقط أيضًا عن

---

(١) ولو مآلًا.

(٢) أي يصحُّ أن يضمن أجنبيٌّ مكاتبًا في دين عليه لأجنبي لا لِسَيِّدِهِ؛ «ق ل».

(٣) أي غير نجوم الكتابة إذا كان للسيد سقط أيضًا؛ أي فلذلك امتنع ضمانها للسيد، وحينئذٍ يُسأل: ما الفرق بين ضمانه له فلا يصحُّ والحوالةِ من السيد بها؛ أي بدين المعاملة غير النجوم عليه، أو الحوالة منه للسَّيِّد على مَنْ عليهم ديون معاملة حيث صحَّ؟ ولعلَّ الفرق: أن الضمان للأمن من سقوط المال، وهذا مأمون بالتعجيز؛ لرجوع مال المكاتب للسيد، وأما الحوالة فإنها من السَّيِّد رضًا بوفاء دينه مما في يد عبده، فلم يمتنع. وقال «م ر»: لا منافاة بين ما هنا والحوالة لظهور الفرق كما بيناه ثَمَّ، وحاصله: أن الحق هناك لثالث فقوي وأفاد، وهنا للسَّيِّد؛ لكن هذا لا يجري في حوالة المكاتب للسيد وإنما يجري في حوالة السيد على المكاتب مع أن كُلًّا منهما جائز. انتهى، وفرَّق ابن الفقيه: بأن الحوالة رخصة دون الضمان فاغتفر فيها ما لم يغتفر فيه.

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الأَصَحِّ، وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ. وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ.

المكاتب بعجزه، وهو الأصح. فإن قيل: قد مرّ أن الحوالة تصحّ من السيد عليه، فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن الحوالة يتوسّع فيها؛ لأنها بيع دين بدين جُوّز للحاجة.

(**ويصحّ ضمان الثمن في مُدَّةِ الخيار**[1] **في الأصح**)؛ لأنه آيلٌ إلى اللزوم بنفسه فأُلحق باللازم. والثاني: لا؛ لعدم لزومه في الحال. وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مُفَرَّعٌ على أن الخيار لا يمنع نقل المِلْكِ في الثمن إلى البائع، أما إذا منعه فهو ضمانُ ما لم يجب، وما أشار إليه هو المتّجه؛ حتى لو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصحّ الضمان، وهذا يخالف الحوالة أيضًا؛ لأنها تصحّ في زمن الخيار مطلقًا لما مرّ.

(**وضمان الجُعْلِ**) في الجِعَالَةِ (**كالرهن به**)، وتقدَّم أنه يصحّ الرهن بعد الفراغ من العمل قطعًا، ولا يصحّ قبله ولو بعد الشروع في الأصحّ، فلو قال شخص: «من رَدَّ عبدي فله دينار» فضمنه عنه ضامنٌ قبل مجيء العبد لم يصحّ؛ لأنه غير لازم كَمَالِ الكتابة. والفرق بين الجُعْلِ والثمن في مدة الخيار: أنه لا يصير إلى اللزوم إلّا بالعمل، بخلاف الثمن فإنه يؤول إليه بنفسه كما مرَّ.

(**وكونه**) أي المضمون (**معلومًا**) جنسًا وقدرًا وصفةً وعينًا (**في الجديد**)؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدميٍّ بعقدٍ فأشبه البيع والإجارة، فلا يصحّ ضمانُ المجهول ولا غير المعين؛ كأحد الدينين. والقديم: لا يشترط ذلك لأن معرفته متيسِّرة. ومحلّ الخلاف في مجهول يمكن الإحاطة به مثل: «أنا ضامن ما بعتَ من زيد» كما مثّل به في «المحرَّر»، فإن قال: «الشيء منه» بطل جزمًا.

تنبيه: جملة الشروط التي اعتبرها المصنف تبعًا للرافعي ثلاثة: كونه ثابتًا لازمًا معلومًا، قال في «المهمات»: «وبقي للمضمون شرط رابع ذكره الغزالي وأهمله

---

* انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الضمان، (٣/ ١٤٣).

(١) أي للمشتري لتملُّكِ البائع الثمن؛ «زي».

وَالإِبْرَاءُ مِنَ ....

الشيخان، وهو كونه قابلًا لأن يتبرع به الإنسان على غيره، فيخرج القصاص وحَدُّ القذف والأخذ بالشفعة». انتهى، وكان الأَوْلَى أن يقول: «وحق الشفعة». انتهى. وهذا الشرط كما قال بعض المتأخِّرين ضرره أكثر من نفعه، فإنه يَرِدُ على طرده حق القَسْمِ للمظلومة فإنه يصير في ذمة الزوج، ويصحّ التبرّع به على غيره، ولا يصحّ ضمانه للمرأة، وعلى عكسه دينُ الزكاة فإنه يصحّ ضمانه مع أنه لا يصحّ التبرّع به على غيره، وكذلك الدين الذي تعلّق به حق الله تعالىٰ يصحّ ضمانه ولا يصحّ التبرّع به على غيره، وكذلك الدَّين للمريض المعسر أو الميت المعسر يصحّ ضمانه ولا يصحّ التبرّع به.

تتمة: يصحّ ضمان رَدّ كُلِّ عين ممن هي في يده مضمونة عليه؛ كمغصوبةٍ ومستعارةٍ ومستامةٍ ومبيعٍ لم يقبض؛ كما يصحّ بالبدن بل أَوْلَى؛ لأن المقصود هنا المال. ويبرأ الضامن بردّها للمضمون له، ويبرأ أيضًا بتلفها فلا يلزمه قيمتها؛ كما لو مات المكفول ببدنه لا يلزم الكفيلَ الدَّيْنُ، ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصحّ لعدم ثبوت القيمة. ومحلّ صحة ضمان العين إذا أذن فيه واضع اليد، أو كان الضامن قادرًا على انتزاعه منه؛ نقله شارح «التعجيز» عن الأصحاب. أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي بيده ـ كالوديعة، والمال في يد الشريك والوكيل والوصي ـ فلا يصحّ ضمانها؛ لأن الواجب فيها التخلية دون الرَّدِّ.

[حكم الإبراء من العين والدَّين المجهول]

(والإبراء) من العين باطلٌ جزمًا، وكذا (من) الدين[١] ....

(١) لو سكت عن الدين ليدخل نحو الغِيبة لكان أعمَّ وأَوْلَى؛ لأن من اغتاب إنسانًا وطلب منه الإبراء، فإن عيَّن له ما اغتابه به ومن حضره صحت براءته وإلا فلا «ق ل». قال «أ ج»: وإنما قيد بالدين؛ لأن الكلام فيه. قال الحناطي: ولو قال له: «أنت في حِلٍّ من كذا» هل هو صريح في البراءة أو كناية فيه؟ وجهان. انتهى «دميري على المنهاج». والحاصل: أن الغيبة إذا لم تصل للمغتاب تكفر بالاستغفار؛ بخلاف ما إذا وصلت إليه ولو بقوله: «أبرئني» لا بُدَّ من الإبراء، ولا يصح الإبراء إلا بعلمه بها تفصيلًا، ولا يتوقف الإبراء على لفظ الإبراء؛ بل يكفي: «سامحك الله» أو «أقال الله عثرتك»؛ من «العثور» وهو الوقوع في الغِيبة، وإذا أبراه في الدنيا لم يعاقب المُبْرَأ عليها في الآخرة. «

. . . .

. . . .

= فإن لم يبرئه في الدنيا، فإن أبرأه في الآخرة كفى؛ بخلاف ما إذا لم يقع إبراء أصلًا. ولو أبرأ ثم ادَّعى الجهل قُبِلَ باطنًا لا ظاهرًا؛ قاله الرافعي، وهو محمولٌ على ما في «الأنوار» أنه إن باشر سبب الدين لم يقبل وإلا كدين ورثه قُبِلَ، وفي «الجواهر» نحوه، وفيها عن «الزبيلي» تصديق الصغيرة المزوَّجة إجبارًا بيمينها في جهلها بمهرها؛ قال الغزي: «وكذا الكبيرة المجبرة إن دَلَّ الحال على جهلها».

ويجوز بذل العوض في مقابلة الإبراء كما قاله المتولي وغيره، وعليه فيملك الدائن العوض المبذول له بالإبراء ويبرأ المدين. وطريق الإبراء من المجهول أن يبرئه من قدر يعلم أنه ينقص عن دينه؛ كألف شكَّ هل يبلغها أو ينقص عنها، ولو أبرأه من مُعيَّنٍ معتقدًا عدم استحقاقه له فتبين خلاف ذلك برئ. انتهى «شرح م ر»، وكتب عليه «ع ش»: قوله: «ويجوز بذل العوض»؛ أي كأن يعطيه ثوبًا مثلًا في مقابلة الإبراء مما عليه من الدين، أما لو أعطاه بعض الدين على أن يبرئه من الباقي فليس من التعويض في شيء؛ بل ما قبضه بعضُ حَقِّهِ والباقي ما عداه. انتهى. وكتب أيضًا على قوله: «وعليه فيملك الدائن»: عبارة الشارح قبيل فصل الطريق النافذ نصُّها: وإنكار حق الغير حرام، فلو بذل للمنكر مالًا ليقرَّ ففعل لم يصح الصلح؛ بل يحرم بذله وأخذه لذلك ولا يكون به مُقِرًّا كما جزم به ابن كج وغيره ورجحه صاحب «الأنوار»؛ لأنه إقرار بشرط. قال في «الخادم»: ينبغي التفصيل بين أن يعتقد فساد الصلح فيصحَّ، أو يجهله فلا كما في نظائره من المستثنيات على العقود الفاسدة. انتهى، أقول: يمكن أن يُصوَّرَ ما هنا بما لو وقع ذلك بالمواطأة بينهما قبل العقد ثم دفع ذلك قبل البراءة أو بعدها، فلو قال: «أبرأتُكَ على أن تعطيني كذا» كان كما لو قال: «صالحتُكَ على أن تقرَّ لي على أن لك عليَّ كذا»، فكما قيل في ذلك بالبطلان لاشتماله على الشرط يقال هنا كذلك لاشتمال البراءة على الشرط.

وكتب أيضًا على قوله: «والاستغفار» ـ أي للمغتاب ـ «حج»: كأن يقول: «أستغفر الله لفلان» أو «اللَّهم اغفر له»، ومعلومٌ أن هذا الكلام في غِيبة البالغ العاقل، وأما غيبة الصبي فهل يقال فيها بمثل ذلك التفصيل، وهو أنها إذا بلغته فلا بُدَّ من بلوغه وذكرها له وذكر من ذكرت من عنده أيضًا بعد البلوغ؛ لأن براءته قبل البلوغ غير صحيحة، أو يكفي مجرد الاستغفار حالًا مطلقًا؛ لتعذر الاستحلال منه الآن؟ فيه نظرٌ، والأقرب الأول.

وقال «سم» على «حج»: أطلق السيوطي فيمن خان رجلًا في أهله بزنًا أو غيره لا تصح التوبة منه إلا بالشروط الأربعة، ومنها استحلاله بعد أن يعرفه بعينه، ثم له حالان: أحدهما: أن لا يكون على المرأة في ذلك ضرر ـ بأن أكرهها ـ فهذا كما وصفنا، والثاني: أن يكون عليها في ذلك ضرر بأن تكون مطاوعة، فهذا قد يتوقف فيه؛ لأنه سَاعٍ في إزالة ضرره في الآخرة بضرر المرأة في الدنيا، =

الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ ....

(المجهول[١]) جنسًا أو قدرًا أو صفةً (باطل[٢] في الجديد)؛ لأن البراءة متوقِّفة على

= والضرر لا يزال بالضرر، فيحتمل أن لا يسوغ له في هذه الحالة إخباره به وإن أدى إلى بقاء ضرره في الآخرة، ويحتمل أن يكون ذلك عذرًا ونحكم بصحة توبته إذا علم الله حسن النية، ويحتمل أن يكلف الإخبار به في هذه الحالة ولكن يذكر معه ما ينفي الضرر عنها؛ بأن يذكر أنه أكرهها، ويجوز الكذب بمثل ذلك، وهذا فيه جمعٌ بين المصلحتين؛ لكنَّ الاحتمال الأظهر عندي ولو خاف من ذكر ذلك الضَّرَرَ على نفسه دون غيره فالظاهر أن ذلك لا يكون عذرًا؛ لأن التخلص من عذاب الآخرة بضرر الدنيا مطلوب، ويحتمل أن يقال: إنه يعذر بذلك ويرجى من فضل الله تعالى أن يُرضيَ عنه خصمه إذا علم منه حسن نيته، ولو لم يَرْضَ صاحب الحق في الغِيبة والزِّنا ونحوهما أن يعفو إلا ببذل مال فله بذله سببًا في خلاص ذمته. ثم رأيت الغزالي قال فيمن خانه في أهله أو ولده أو نحوه: «لا وجه للاستحلال والإظهار، فإنه يُوَلِّدُ فتنةً وغيظًا؛ بل تفزع إلى الله تعالى لترضيه عنك». انتهى، أقول: الأقرب ما اقتضاه كلام الغزالي؛ حتى لو أكره المرأة على الزِّنا لا يسوغ له ذكر ذلك لزوجها إذا لم يبلغه من غيره؛ لِمَا فيه من هتك عرضها، ويجب عليها الاستغاثة ولو ترتَّب عليه القتل، وحينئذٍ تموت شهيدة، ويجب لها المهر بكرًا وثيبًا ولا حدَّ عليها ولا إثم، وعند المالكية المُكْرَهَةُ يجب لها المهر ولا إثم عليها، وعنده يُحَدُّ الذكر دون الأنثى، والفرق: أن الذكر له قرينة اختيار بانتشار الذكر دون الأنثى. انتهى.

وبقي ما لو اغتاب ذِمِّيًا فهل يسوغ له الدعاء بالمغفرة ليتخلص هو من إثم الغيبة، أو لا ويكتفي بالندم لامتناع الدعاء بالمغفرة للكافر؟ كُلٌّ محتمل، والأقرب أن يدعو له بمغفرة غير الشرك أو كثرة المال ونحوه مع الندم، وأما دعاء الخليل لأبيه: ﴿لَأَسْتَغْفِرَنَّ لَكَ﴾ [الممتحنة: ٤] فكان قبل علمه بتحريم الدعاء بدليل: ﴿فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُۥٓ أَنَّهُۥ عَدُوٌّ﴾ [التوبة: ١١٤]... إلى آخره.

ووقع السُّؤال عمَّا لو أتى بهيمة غيره، فهل يخبره بذلك وإن كان فيه إظهار لقبح ما صنعه، أو لا ويكفي الندم؟ فيه نظرٌ، ولا يبعد الثاني، ويفارق ما لو أتى أهل غيره حيث امتنع الإخبار بما وقع؛ لأن في ذلك إضرارًا بالمرأة للمرأة ولأهلها فامتنع لذلك، ولا كذلك البهيمة. انتهى.

وكتب أيضًا على قوله: «وتعيين حاضريها»: هذا مما لا محيصَ عنه. ولو مات بعد أن بلغته وقبل الإبراء لم يصح إبراء وارثه بخلافه في المال؛ «م ر» «سم على حج».

انظر: حاشية البجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع، فصل في الضمان، (٣/ ١٤٣ـ١٤٥).

(١) أي الذي لا تمكن معرفته؛ بخلاف ما تمكن معرفته؛ كإبرائه من حصَّته من تركة مورثه التالفة؛ حتى يصح الإبراء؛ لأن الإبراء من الأعيان لا يصح؛ لأنه وإن جهل قدر حصته؛ لكنه يعلم قدر التركة؛ «ح ل»، فيشترط علمه بالتركة ـ كما في «م ر» ـ ولو بعد الإبراء.

(٢) أي فلا بُدَّ من علم المُبْرِئ مطلقًا، وأما المدين فإن كان الإبراء في معاوضة كالخلع ـ بأن أبرأته مما =

إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الأَصَحِّ.

الرِّضا ولا يعقل مع الجهالة. والقديم: أنه صحيح؛ لأنه إسقاط محض كالإعتاق. ومَأْخَذُ القولين أنه تمليك أو إسقاط، فعلى الأوّل يشترط العلم بالمبرإ منه، وعلى الثاني لا، فيصحّ. قال في «الروضة» في باب الرجعة: «المختار أنه من المسائل التي لا يُطلق فيها ترجيح؛ بل يختلف الترجيح بحسب المسائل لقوة الدليل وضعفه». انتهى، والتحقيق فيه ـ كما أفاده شيخي ـ أنه إن كان في مقابلة طلاق اشترط علم كُلٍّ من الزوج والزوجة، لأنه يؤول إلى المعاوضة، وإلَّا فهو تمليكٌ من المُبْرِىءِ إسقاطٌ عن المُبْرَإِ عنه فيشترط علم الأول دون الثاني.

وطُريق الإبراء من المجهول أنه يذكر عددًا يتحقق أنه يزيد على قدر الدين؛ كمن لا يعلم هل له عليه خمسة أو عشرة فيبرئه من خمسة عشر مثلًا.

(إلَّا من إبل الدية) فيصحّ الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولةَ الصِّفة؛ لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني، فيغتفر في الإبراء تبعًا له. (ويصح ضمانها في الأصحّ) كالإبراء؛ لأنها معلومة السِّنِّ والعدد، ويُرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد. والثاني: لا؛ لجهالة وصفها، والإبراءُ مطلوب فَوُسِّعَ فيه بخلاف الضمان. فالوجهان على الجديد، ويصحّ على القديم جزمًا. وعلى القول بصحة الضمان يرجع ضامنها إذا ضمنها بالإذن وغَرِمَهَا بمثلها لا بقيمتها كالقرض كما جزم به ابن المقري.

ولا يصحّ ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول لأنها غير ثابتة بعدُ، ولو سلّم ثبوتها فليست لازمةً ولا آيلةً إلى اللزوم عن قُرْبٍ؛ بخلاف الثمن في مدة الخيار.

فروع: لو مَلَّكَهُ مدينه ما في ذمته برىء منه من غير نِيَّةٍ أو قرينة ولو لم يقبل كالإبراء. ولو أبرأ أحد خصميه مبهمًا لم يصحّ. ولو أبرأ وارثٌ عن دين مورثه ولم يعلم بموته ثم تبين موته صحّ كما في البيع، ولو ضمن عنه زكاته صحّ كدين الآدمي. ويُعتبر الإذن عند الأداء إذا ضمن عن حَيٍّ، فإن ضمن عن ميت جاز الأداء عنه وإن انتفى الإذن

---

* عليه في مقابلة الطلاق ـ فلا بُدَّ من علمه أيضًا حتى يصح، وإلا فلا يشترط على المعتمد؛ «ز ي» ومحلُّ البطلان في الدنيا، أما في الآخرة فلا مطالبة به لرضا صاحبه.

وَلَوْ قَالَ: «ضَمِنْتُ مَا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ» فَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ؛ قُلْتُ: الأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كما ذكره الرافعي في باب الوصية.

ولو استحلّ منه من غيبة اغتابها ولم يُعَيِّنْهَا له فأحلّه منها فهل يبرأُ منها أو لا؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه إسقاط محض؛ كمن قطع عضوًا من عبد ثم عفا سيدُهُ عن القصاص وهو لا يعلم عين المقطوع فإنه يصحّ. والثاني: لا؛ لأن المقصود رضاه، ولا يمكن الرضا بالمجهول. ويفارق القصاص: بأن العفو عنه مبنيّ على التغليب والسِّراية بخلاف إسقاط المظالم، وبهذا جزم المصنف في «أذكاره»، قال: «لأنه قد يُتَسَامَحُ بشيءٍ دون شيءٍ»، وزعم الأذرعي أن الأصح خلافه أَخْذًا مما ذكره في باب الشهادة من أن مقتضى كلام الحليمي وغيره الجزم به، وهذا هو الظاهر.

(**ولو قال: «ضمنتُ ما لك على زيدٍ من درهم إلى عشرة» فالأصح صحته**)؛ لانتفاء الغرر بذكر الغاية. والثاني: لا يصحّ؛ لجهالة المقدار، فإنه متردّد بين الدرهم والعشرة. (**و**) الأصح على الأول (**أنه يكون ضامنًا لعشرةٍ**) إن كانت عليه أو أكثر منها؛ إدخالًا للطرفين في الالتزام. (**قلت: الأصحّ لتسعةٍ، والله أعلم**)؛ إدخالًا للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام، وقيل: لثمانيةٍ؛ إخراجًا للطرفين. فإن قيل: رجح المصنف في باب الطلاق أنه لو قال: «أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقوع الثلاث»، وقياسه تعيّن العشرة، أجيب: بأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر استيفاؤه، بخلاف الدين. ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية كما في الإقرار. ولو كان جاهلًا بقدر الدين وقال: «ضمنتُ دراهمك التي على فلان» صحّ في ثلاثة كما هو مقتضى كلام أصل «الروضة» في التفويض في الصداق؛ لدخولها في اللّفظ بكلِّ حال.

* * *

٩ـ فصلٌ في كفالة البدن

الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ. . . . .

فصلٌ في كفالة البدن

[تعريف كفالة البدن ودليل مشروعيتها]

وتسمّى أيضًا «كفالةَ الوجه»[١]. (المذهب صحة كفالة البدن) في الجملة ـ لأنه سيأتي منعها في حدود الله تعالىٰ. وهي التزام إحضارِ المكفول إلى المكفول له ـ للحاجة إليها، واستؤنس لها بقوله تعالىٰ: ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ﴾[٢] [يوسف: ٦٦]. وفي قول: لا تصحُّ؛ لأن الحُرَّ لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه. والطريق الثاني: القطعُ بالأول. وقول الشافعي: «كفالةُ البدن ضعيفةٌ» أراد من جهة القياس.

[حكم الكفالة ببدن من عليه مالٌ دون العلم بقدره]

(فإن كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم بقدره)؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال، (و) لكن (يشترط كونه) أي المال (ممّا يصحّ ضمانه)، فلا تصحّ الكفالة ببدن المكاتَبِ للنُّجوم التي عليه؛ لأنه لا يصحّ ضمانها كما مرَّ.

تنبيه: قوله كأصله: «من عليه مال» يوهم أن الكفالة لا تصحّ ببدن من عنده مال لغيره، وليس مرادًا؛ بل تصحّ وإن كان المال أمانةً كوديعةٍ؛ لأن الحضور مستحقّ عليه فيشمله الضابط الآتي.

---

(١) ولعلّ وجه التسمية بذلك أنه كنى بالوجه عن الذات.

(٢) فيه أنها كفالة بدن من غير حق على المكفول، والكلام فيما إذا كان على المكفول حقٌّ، وأيضًا شرْعُ من قبلنا ليس شرعًا لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرِّره، ومن ثمَّ قال: «واستؤنس».

وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَى. وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ . . . .

[الكفالة ببدن من عليه عقوبة لآدميٍّ]

(والمذهب صحَّتها ببدن من عليه عقوبة لآدميٍّ؛ كقصاص وحدّ قذف) وتعزيرٍ؛ لأنه حَقٌّ لازم فأشبه المال، وفي قول: لا تصح؛ لأن العقوبة مبنية على الدفع، فتقطع الذرائع المؤدّية إلى توسيعها، وقطع بعضهم بالأول وبعضهم بالثاني.

[حكم الكفالة ببدن من عليه حَدٌّ]

(و) المذهب (منعها في حدود الله تعالىٰ) كحدّ الخمر والزنا والسرقة؛ لأنها يُسْعَى في دفعها ما أمكن. والطريق الثاني قولان: ثانيهما: الصحة كحدود الآدميين. وقولُ الأذرعي: «محلّ المنع في حدود الله تعالىٰ ما لم يتحتم استيفاء العقوبة، فإن تحتّم فيشبه أن يحكم بالصحة» ضعيفٌ كما نبّه عليه بعض المتأخرين.

تنبيه: الضابط لصحة الكفالة وقوعها بإذنٍ من المكفول مع معرفة الكفيل له ببدن من لزمه إجابته إلى مجلس الحكم، أو استحق إحضاره إليه عند الاستعداء للحَقِّ؛ كالكفالة ببدن امرأة يدّعي رجلٌ زَوْجِيَّتَهَا؛ لأن الحضور مُسْتَحَقٌّ عليها، أو ببدن رجلٍ تدّعي امرأةٌ زَوْجِيَّتَهُ، أو ببدن امرأةٍ لمن ثبتت زَوْجِيَّتُهُ، وكذا عكسه كما بحثه شيخنا؛ كأن[١] يكون الزوج مُولِيًا.

[حكم الكفالة ببدن الصَّبيِّ والمجنون]

(وتصحّ) الكفالة (ببدن صبي ومجنون) بإذن الولي[٢]؛ لأنه قد يستحق إحضارهما

(١) في نسختي المقابلة: «وكأن»، وما أثبتُّه هو الموافق لِمَا ورد في «أسنى المطالب في شرح روض الطالب»، (٢/ ٢٤١).

(٢) وأمّا السفيه الذي يُراد كفالته فإنّه إن خلا عن تفويت مال فيعتبر إذنه، وإلّا بأن كان فيه تفويت مالٍ ـ كأن احتاج إلى مؤنة سفرٍ لإحضاره ـ فالمعتبر إذن الوليّ. وهذا جمع بين كلامين متناقضين؛ اعتبار إذن الوليّ أو اعتبار إذنه، ذهب إلى الأوّل جماعةٌ وإلى الثاني جماعةٌ، وجُمع بما تقدّم. انتهى «م ر». انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب، (٣/ ١٢٣).

وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيْتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ.

لمجلس الحكم لإقامة الشهادة ليشهد على صورتهما في الإتلافات وغيرها إذا تحمّلوا الشهادة كذلك ولم يعرفوا اسْمَهُمَا ونَسَبَهُمَا. ويطالب الكفيلُ وَلِيَّهُمَا بإحضارهما عند الحاجة إليه، فإن صدرت بغير إذن الوليّ فكالكفالة ببدن البالغ العاقل بغير إذنه.

قال الأذرعي: «والظاهر أنه يعتبر في كفالة بدن السفيه إذن وليّه، ويحتمل خلافه». انتهى، والأول أظهر.

[حكم الكفالة ببدن المحبوس والغائب]

(و) ببدن (محبوس وغائب) بإذنه كما سيأتي في عموم اللفظ؛ لأن حصول المقصود متوقَّعٌ وإن تعذّر تحصيل الغرض في الحال؛ كما يصحّ ضمان المعسر المال. ولا فرق فيه بين أن يكون في موضع يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم أم لا؛ حتى لو أذن ثم انتقل إلى بلدٍ بها حاكمٌ أو إلى فوق مسافة العدوى فوقعت بعد ذلك صحّت، ووجب عليه الحضور معه لأجل إذنه في ذلك؛ بل ولو كان فوق مسافة القصر كما يؤخذ مما سيأتي.

[حكم الكفالة ببدن الميت]

(و) ببدن (ميت ليحضره فَيَشْهَدَ) ـ بفتح الهاء ـ (على صورته[1]) إذا تحمّل كذلك[2] ولم يعرف اسمه ونسبه. ومن المعلوم أن محلّ ذلك قبل دفنه[3] وقبل تغيّره، ولا نقل من بلد إلى آخر، فإن حصل شيء من ذلك لم تصحّ الكفالة. قال في «المطلب»: «ويظهر اشتراط إذن الوارث[4] إذا اشترطنا إذن المكفول». انتهى، وهو كما قال؛ لكن

---

(١) كأن كان عليه لشخص دينٌ وهناك شهودٌ تشهد على صورته ولم تعرف اسمه ونسبه، ثم مات، فأراد صاحب الدين أن يحضره القاضي ليشهد الشهود على صورته خوفًا من ضياع حقّه، فيكفل الميت شخصٌ.

(٢) أي على صورته.

(٣) أي وضعه في القبر وإن لم يهل عليه التراب وإن لم يتغيّر. ومحلُّه قبل الدفن ما لم يتغيّر في مدة الإحضار؛ «ح ل».

(٤) أي كُلّ الورثة.

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ، وَإِلَّا فَمَكَانُهَا. وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ، . . . .

محلّه ـ كما قال شيخنا ـ فيمن يعتبر إذنه، وإلَّا فالمعتبر إذن وليّه، ودخل في الوارث بيت المال، وبقي ما لو مات ذِمِّيٌّ عن غير وارث وانتقل ماله فيئًا لبيت المال، وظاهر كلامهم عدم الاكتفاء بإذن الإمام، وهذا هو الظاهر.

[مكان تسليم الكفيل بالبدن المكفولَ به]

(ثم إن عيَّن[1]) الكفيل في الكفالة (مكانَ التسليم تَعَيَّنَ) تبعًا لشرطه، (وإلَّا) بأن لم يعين مكانًا (فمكانها) أي الكفالة يتعيَّن[2] كما في السَّلم فيهما. وكلامهم يفهم أنه لا يشترط بيان موضع التسليم وإن لم يصلح له موضع التكفّل ـ كاللُّجَّةِ ـ أو كان له مؤنة، وهو مخالف لنظيره في السَّلَمِ المؤجَّلِ، فيحتمل أن يلحق به ويحتمل خلافه أخذًا بمفهوم كلامهم، ويفرق: بأن السَّلَمَ عقد معاوضة، والتكفّل محض التزام، وهذا هو الظاهر، ويُحمل على أقرب موضع صالح للتسليم.

[ما تتحقق به براءة الكفيل بالبدن]

(ويبرأ الكفيل بتسليمه) أو بتسليم وكيله (في مكان التسليم) المذكور (بلا حائل؛ كمتغلِّبٍ) يمنع المكفول له عنه؛ لقيامه بما وجب عليه، فإن أحضره مع وجود الحائل لم يبرأ الكفيلُ لعدم الانتفاع بتسليمه.

تنبيه: قضية كلامه عدم البراءة بتسليمه في غير مكان التسليم، وهو كذلك إن كان للمكفول له غرضٌ في الامتناع؛ كفوت حاكم أو معين، وإن امتنع لا لغرض تَسَلَّمَهُ الحاكم عنه؛ لأن التسلم حينئذ لازم له، فإذا امتنع منه ناب عنه الحاكم فيه، فإن لم يكن حاكمٌ سلّمه إليه وأشهد به شاهدين.

ويبرأ بتسليمه للمكفول له محبوسًا بِحَقٍّ؛ لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق، بخلاف

---

(١) أي والتعيين واجب إن لم يصلح مكانها للتسليم، وإلا فجائز، ويتعيَّن المعيَّنُ، ومحلُّه إذا كان المحلُّ صالحًا، وإلَّا تعيَّن أقربُ المحالِّ إليه.

(٢) أي إن صلح؛ «ق ل».

وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ وَيَقُولَ: «سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ»، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ.
فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ، . . . .

ما إذا كان محبوسًا بغير حق لتعذّر تسليمه.

(وبأن يحضر المكفول) في مكان التسليم (ويقول) للمكفول له: («سَلَّمْتُ نفسي عن جهة الكفيل»)؛ كما يبرأ الضامن بأداء الأصيلِ الدَّيْنَ. ولو سَلَّمَ نفسه عن الكفيل فأبى أن يقبله قال الماوردي: «أشهد المكفول أنه قد سَلَّمَ نفسه عن كفالة فلان، وبرىء الكفيل منها»، وقياس ما تقدّم أنه يتعين الرفع إلى الحاكم ثم الإشهاد.

تنبيه: إطلاق المصنف يشمل الصبيّ والمجنون يُسَلِّمَانِ أنفسهما عن جهة الكفيل، قال الأذرعي: «وفيه وقفةٌ؛ إذ لا حكم لقولهما، ولم أره نصًّا، والظاهر أنه إن قبل حصل التسليم وإلَّا فلا». انتهى، وهو حسن.

(ولا يكفي مجرَّد حضوره) من غير قوله: «سلمتُ نفسي عن الكفالة»؛ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد عن جهته، فلو سلمه إليه أجنبي عن جهة الكفيل بإذنه برىء، أو بغير إذنه فلا إن لم يقبل، فإن قَبِلَ ـ ولا يلزمه القبول ـ برىء الكفيل.

ولو تكفَّل به رجلان معًا أو مرتبًا فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، وإن قال: «سلمتُه عن صاحبي» كان كما لوكان بالدين رهنان فانفكّ أحدهما لا ينفك الآخر. ولو كفل رجل لرجلين فسلَّمَ إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر. ولو تكافل كفيلان ثم أحضر أحدهما المكفولَ به برىء مُحْضِرُهُ من الكفالة الأولى والثانية، وبرىء الآخر من الثانية؛ لأن كفيله سلمه، ولم يبرأ من الأولى؛ لأنه لم يُسَلِّمْ هو ولا أحد عن جهته.

ولو أبرأ المكفول له الكفيلَ من حقّه برىء، وكذا لو قال: «لا حقّ لي على الأصيل» أو «قِبَلَهُ» في أحد وجهين قال الأذرعي: «إنه الأقرب»؛ كما يبرأ الأصيل بإقراره المذكور.

[ما يترتَّب من أحكام عند جهل الكفيل بالبدن مكان المكفول به]

(فإن غاب) المكفول (لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه)؛ لعدم إمكانه، فأشبه المعسر بالدين، والقولُ قوله أنه لا يعلم. (وإلَّا) بأن علم مكانه (فيلزمه) إحضاره ولو

وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ، وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ، . . . .

كان فوق مسافة القصر؛ كغيبة مال المديون إلى هذه المسافة فإنه يؤمر بإحضاره، وسواء كان غائبًا عند الكفالة كما مرَّ أو غاب بعدها، بشرط أَمْنِ الطريق ولم يذهب إلى من يمنعه، وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في ماله.

(ويمهل مُدَّةَ ذهابٍ وإيابٍ) على العادة لأنه الممكن. قال الإسنوي: «وينبغي أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين للاستراحة وتجهيز المكفول»، وهو ـ كما قال شيخنا ـ ظاهر في مسافة القصر فأكثر بخلاف ما دونها. وقال الأذرعي: «والظاهر إمهاله عند الذهاب والعود لانتظار رفقة يأمن بهم، وعند الأمطار والثلوج الشديدة والأحوال المؤذية التي لا تسلك عادةً، ولا يحبس مع هذه الأعذار». انتهى، وهذا ظاهر.

(فإن مضت) أي المدة المذكورة (ولم يحضره حبس)، قال الإسنوي: «إن لم يؤدِّ الدين لأنه مقصر، فلو أدّاه ثم قدم الغائب فالمتَّجه أن له استرداده»، وقال الغَزِّيُّ[1]: «الأقرب عدم استرداده؛ لأنه متبرع بالأداء لتخليص نفسه». انتهى، والأول أوجه؛ لأنه ليس متبرعًا وإنما غرمه للفرقة. وينبغي ـ كما قال شيخي ـ أن يلحق بقدومه تعذر حضوره بموتٍ ونحوه حتى يرجع به. وإذا حُبس أُديم حبسه إلى أن يتعذَّر إحضار الغائب بموتٍ أو جهلٍ بموضعه أو إقامة عند من يمنعه؛ قاله في «المطلب».

(وقيل: إن غاب إلى مسافة القصر) فأكثر (لم يلزمه إحضاره)؛ كالوليّ وشاهِدِ[2] الأصيل، فإن غيبتهما إلى هذه المسافة كالغيبة المنقطعة.

[حكم مطالبة الكفيل بالبدن بالمال عند موت المكفول به]

(والأصح أنه إذا مات ودفن) أو لم يدفن أو هرب أو توارى (لا يطالب الكفيل بالمال)؛ لأنه لم يلتزمه وإنما ضمن النفس ولم يتمكن من إحضارها. والثاني: يطالب

---

(١) في نسخة البابي الحلبي: «الأذرعيُّ».

(٢) في المخطوط: «شاهدي».

وَأَنَّهُ لَوْ شُرِطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ.

به بدلًا عن الإحضار المعجوز عنه؛ لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة.

تنبيه: ظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يخلف المكفول وفاءً أم لا، قال الإسنوي تبعًا للسبكي: «وظاهر كلامهم اختصاصه بما إذا لم يخلف ذلك». انتهى.

واحترز بـ«المال» عن العقوبة فإنه لا يطالب بها جزمًا.

قال الإسنوي: «وتقييد المصنف تبعًا للمحرر بالدفن إنما يستقيم أن لو تكلم في بطلان الكفالة، وأما الوجهان في المطالبة فيستوي فيها قبل الدفن وبعده. انتهى. ولهذا قدرت في كلامه «أو لم يدفن». وقبل الدفن إن احتيج إلى إحضاره لإقامة الشهادة على عينه أحضره الكفيل بالشروط المتقدِّمة. ولا شيء على من تكفل ببدن رقيقٍ فمات أو زوجةٍ فماتت.

[حكم الكفالة بالبدن إن شرط فيها أن يغرم الكفيل المال إن فات تسليم المكفول]

(و) الأصح (أنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم)؛ كقوله: «كفلت بدنه بشرط الغرم» أو «على أني أغرم» (بطلت)؛ لأنه شرط ينافي مقتضاها؛ بناءً على أنه لا يغرم عند الإطلاق. والثاني: يصحّ بناءً على مقابله. فإن قيل: هَلَّا بطل الشرط فقط كما لو أقرضه بشرط ردّ مكسَّرٍ عن صحيحٍ، أو بشرط الخيار للمضمون له، أو ضمن المؤجّل بشرط الحلول بجامع أنه زاد خيرًا؟ أجيب: بأن المشروط في تلك صفة تابعة، وفي هذه أصل يُفرد بعقد، والتابع يغتفر فيه ما لا يغتفر في الأصل. ولو قال: «كفلت بدنه فإن مات فعليّ المال» صحّت الكفالة وبطل التزام المال؛ قاله الماوردي، وهو ـ كما قال الزركشي ـ محمول على ما إذا لم يُرِدْ به الشرط وإلَّا بطلت.

[حكم التَكفُّل بالبدن بغير رضا المكفول]

(و) الأصح (أنها لا تصحّ بغير رضا المكفول) الذي يعتبر إذنه، أو الوليّ حيث لا يعتبر؛ بناءً على أن الكفيل لا يغرم المال عند العجز، فلا فائدة لها إلَّا حضور

. . . .

المكفول، وهو لا يلزمه الحضور مع الكفيل حينئذٍ. والثاني: تصحّ بناءً على أنه يغرم فيلزمه المال؛ لأنه عاجز عن إحضاره.

تنبيه: عُلم من كلام المصنف أنه لا يشترط رضا المكفول له، وهو الأصح؛ كما لا يشترط رضا المضمون له.

فلو تكفل به بلا إذن منه لم تلزمه إجابةُ الكفيل، فليس للكفيل مطالبته وإن طالب المكفول له الكفيلَ كما في ضمان المال بغير إذنٍ؛ إلَّا إن سأله المكفول له إحضاره كأن قال له: «أحضره إلى القاضي» فإنه إذا أحضره باستدعاء القاضي وجب عليه؛ لكنه ليس بسبب الكفالة؛ بل لأنه وكيلُ صاحب الحق، وعلى هذا لا بدَّ من اعتبار مسافة العدوى. وإنما اعتبر استدعاء القاضي لأن صاحب الحق لو طلب إحضار خصمه إلى القاضي لم يلزمه الحضور معه؛ بل يلزمه أداء الحق إن قدر عليه، وإلَّا فلا شيء عليه.

وإذا امتنع الكفيل من إحضار المكفول في هاتين الصورتين لم يحبس، أما في الصورة الأُولى ـ وهي فيما إذا لم تلزمه الإجابة ـ فإنه حبس على ما لا يقدر عليه، وأما في الثانية ـ وهي فيما إذا قال له: «أحضره إلى القاضي» ـ فلأنه وكيل.

[حكم الكفالة بالبدن عند موت الكفيل أو المكفول له]

تتمة: لو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له في تركته؛ لأنه لا يلزمه مال كما مرَّ، ولو مات المكفول له لم تبطل ويبقى الحق لورثته كما في ضمان المال، فلو خلف ورثةً وغرماءَ وأوصياءَ لم يبرأ الكفيل إلَّا بالتسليم إلى الجميع، ويكفي التسليم إلى الموصَى له عن التسليم إلى الوَصِيِّ في أحد وجهين كما رجَّحه بعض المتأخرين؛ أي إذا كان الموصَى له محصورًا، لا كالفقراء ونحوهم كما قال الأذرعي.

* * *

١٠ـ فصلٌ [في بيان الصِّيغة]

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالِالْتِزَامِ؛ كَـ «ضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ»، أَوْ «تحَمَّلْتُهُ»، أَوْ «تَقَلَّدْتُهُ»، أَوْ «تَكَفَّلْتُ بِبَدَنِهِ»، أَوْ «أَنَا بِالْمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ، أَوْ كَفِيلٌ، أَوْ زَعِيمٌ، أَوْ حَمِيلٌ». . . . .

(فصلٌ) في بيان الصِّيغة

[الركن الخامس: صيغة الضمان والكفالة]

وهي الركن الخامس للضمان الشامل للكفالة، معبرًا عن ذلك بالشرط، فقال: (يشترط في الضمان) للمال (والكفالة) للبدن صيغة لِتَدُلَّ على الرضى، وهي (لفظ) صريح أو كناية (يشعر بالالتزام) كغيره من الحقوق، وفي معناه الكتابةُ وإشارةُ أخرس مفهمةٌ؛ (كضمنت) لك (دينكَ عليه) أي فلان، (أو «تحمَّلته» أو «تقلَّدته») أو «التزمتُهُ» (أو «تكفَّلت ببدنه» أو أنا بالمال) الذي على زيد (أو بإحضار الشَّخص ضامنٌ أو كفيلٌ أو زعيمٌ أو حميلٌ) أو قبيلٌ، أو «عليَّ ما على فلان»؛ لثبوت بعض ذلك بالنَّصِّ والباقي بالقياس، مع اشتهار لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم، وكُلُّ هذه الألفاظ صرائح. ومن ألفاظ الكفالة: «خَلِّ عن فلانٍ والدَّيْنُ الذي عليه عندي»، أو «دين فلانٍ إليّ».

ولو تكفل فأبرأه المستحِقُّ ثم وجده ملازمًا للخصم فقال «خَلِّه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة» صار كفيلًا؛ لأنه إما مبتدىءٌ بالكفالة بهذا اللفظ، أو مُخْبِرٌ به عن كفالةٍ واقعةٍ بعد البراءة. فإن قيل: لو قال سيد المكاتَبِ له بعد فسخ الكتابة: «أقررتُكَ على الكتابة» لم تَعُدْ، فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأن الضمان محض غررٍ وغبن فيكفي فيه ذلك من الملتزم، بخلاف الكتابة ونحوها.

ولو قال: «تكفَّلت بجسمه أو روحه» فهو كقوله: «تكفَّلت ببدنه». ولو تكفل بجزء شائع كالثُّلُثِ، أو ما لا يبقى الشخص بدونه؛ كالكبد والقلب والرأس والروح والدماغ فهو كقوله: «تكفلت ببدنه» كما قاله صاحب «التنبيه»، وأقرّه عليه المصنف في

وَلَوْ قَالَ: «أُؤَدِّي الْمَالَ» أَوْ «أُحْضِرُ الشَّخصَ» فَهُوَ وَعْدٌ.

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ، وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ، . . . .

«تصحيحه»، وجَرَيْتُ عليه في «شرحه»، وليس في «الشرحين» و«الروضة» تصريح بتصحيح. أما ما يبقى الشخص بدونه ـ كاليد والرِّجل ـ فلا يكفي. وتقدم الجواب في كتاب البيع عن قولهم: «كُلُّ ما صحّ تعليقه ـ كالطلاق ـ تصحّ إضافته إلى الجزء، وما لا ـ كالبيع ـ فلا. والكفالة لا يصحّ تعليقها كما سيأتي، ويصحّ إضافتها إلى الجزء.

تنبيه: ذكر في «المحرّر» كـ«الشرحين» و«الروضة» لفظة «لك» بعد «ضمنتُ» كما قدَّرتها في كلامه، فحذفها المصنف تنبيهًا على أن ذكرها ليس بشرط، وقال الأذرعي: «إنه الظاهر».

(ولو قال: «أُؤَدِّي المال» أو «أُحضر الشخص» فهو وعدٌ) بالالتزام لا يلزم الوفاء به؛ لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام، قال في «المطلب»: «إلَّا إن صحبته قرينة الالتزام فيلزم».

[حكم تعليق الضمان والكفالة بالشرط]

(والأصحّ أنه لا يجوز تعليقهما) أي الضمان والكفالة (بشرطٍ)؛ كـ «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنتُ ما على فلان» أو «تكفَّلت ببدنه»؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع. والثاني: يجوز؛ لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما كالطلاق. والثالث: يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة.

[حكم توقيت الكفالة]

(و) الأصح أنه (لا) يجوز (توقيت الكفالة)؛ كـ «أنا كفيل بزيدٍ إلى شهر وبعده أنا بريء». والثاني: يجوز؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المُدَّةِ، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء، فلهذا لا يجوز تأقيت الضمان قطعًا كما يشعر به كلام المصنف.

وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ. وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا، . . . .

[حكم اشتراط الخيار في الضمان للضامن وفي الكفالة للكفيل]

ولا يجوز شرط الخيار في الضمان للضامن ولا في الكفالة للكفيل؛ لمنافاته مقصودها، ولا حاجة إليه؛ لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر. أما شرطه للمستحِقِّ فيصحّ لأن الخيرة في الإبراء والطلب إليه أبدًا، وشرطه للأجنبي كشرطه للضامن. ولو أقرّ بأنه ضمن أو كفل بشرط خيارٍ مفسدٍ، أو قال الضامن أو الكفيل: «لا حقَّ على من ضمنتُ أو تكفَّلتُ به»، أو قال الكفيل: «برىء المكفول» صُدّق المستحِقُّ بيمينه، فإن نكل حلفا وبرئا دون المضمون عنه والمكفول به.

ويبطل الضمان بشرط إعطاء مالٍ لا يحسب من الدين، وتبطل الكفالة بقوله: «كفلت زيدًا على أن لي عليك كذا»، وبقوله: «تكفَّلت بزيد فإن أحضرته وإلَّا فبعمرٍو»، وبقوله: «أَبْرِىءِ الكفيلَ وأنا كفيل المكفول».

[حكم تنجيز الكفالة مع شرط تأخير الإحضار]

(ولو نَجَّزَهَا) أي الكفالة (وشرط تأخير الإحضار) بمعلومٍ؛ كأن جعله (شهرًا جاز)؛ لأنه التزام لعمل في الذمة فجاز مؤجَّلًا؛ كالعمل في الإجارة. واحترز بقوله: «نَجَّزَهَا» عن تأجيل الكفالة فإنه لا يصحّ، ومن وقع في كلامه جواز تأجيلها فهو متجوِّزٌ، وإنما مراده شرط تأخير الإحضار كما ذكره المصنف. وبقوله: «شهرًا» عن التأجيل بمجهولٍ ـ كالحصاد ـ فإنه لا يصحّ. ولو أحضره قبل الأجل فكما سبق في المكان الذي شرط التسليم فيه.

[حكم ضمان الحَالِّ مؤجَّلًا أجلًا معلومًا]

(و) الأصح (أنه يصحّ ضمان الحَالِّ مؤجَّلًا أجلًا معلومًا)؛ لأن الضمان تبرع والحاجة تدعو إليه فصحّح على حسب ما التزمه، ويثبت الأجل في حق الضامن على الأصح، فلا يُطالب الضامن إلَّا كما التزم. ولا نقول: التحق الأجل بالدين الحَالِّ وإنما يثبت عليه مؤجَّلًا ابتداءً؛ لأن الحَالَّ لا يؤجَّل إلَّا في صورتين:

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ.

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالأَصِيلِ، ....

الأُولى: إذا أوصى أن لا يطالب إلَّا بعد شهر مثلًا، فإن الوصية صحيحة ويعمل بها.

الثانية: إذا نذر أن لا يطالبه إلَّا بعد سنة مثلًا؛ قاله المتولّي. والثاني: لا يصحّ الضمان للمخالفة، ووقع في بعض نسخ «المحرّر» تصحيحيه. قال في «الدقائق»: والأصح ما في بقية النسخ و«المنهاج». انتهى.

ولو ضمن المؤجّل مؤجّلًا بأجلٍ أطول من الأول فكضمان الحالّ مؤجلًا.

تنبيه: شمل قوله: «ضمان الحَالِّ» من تكفّل كفالةً شَرَطَ فيها تأخير الإحضار ببدن من تكفّل بغيره كفالةً لم يَشرط فيها ذلك، ولهذا كانت أَوْلَى من قول «المحرر»: «ضمان المال الحَالِّ».

[حكم ضمان المؤجَّل حَالًّا]

(و) الأصحّ (أنه يصحّ ضمان المؤجّل حالًّا)؛ لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصحّ كأصل الضمان. والثاني: لا يصحّ لما مرَّ. (و) الأصح على الأول (أنه لا يلزمه التعجيل) كما لو التزمه الأصيل. والثاني: يلزمه لأن الضمان تبرع لزم فلزمته الصفة؛ كما لو نذر عتق عبد مؤمنٍ. وعلى الأول هل يثبت الأجل في حقّه مقصودًا أو تبعًا لقضاء حق المشابهة؟ وجهان، وتظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه، فإن جعلناه في حقّه تابعًا حَلَّ عليه وإلَّا فلا كما لو مات المضمون له، والراجح الثاني كما قاله صاحب التعجيز في «شرحه». فإن قيل: يشكل تصحيح ضمان المؤجّل حالًّا وعكسه بعدم صحة ما لو رهن على الدين الحالّ وشرط في الرهن أجلًا، وكذا عكسه كما صرَّح به الماوردي، فإن كلاهما وثيقة، أُجيب: بأن الشرط في المرهون إذا كان ينفع الراهن ويضر بالمرتهن أو بالعكس لم يصحّ، وهذا الضرر حاصلٌ للراهن إما بحبس المرهون حتى يَحِلَّ الدين، وإما بيعه في الحال قبل حلوله.

[للمستحِقِّ مطالبة الضامن والأصيل]

(وللمستحِقِّ) أي المضمون له أو وارثه (مطالبة الضامن والأصيل) بالدين اجتماعًا

. . . .

وانفرادًا، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه، أما الضامن فلحديث: «الزَّعِيْمُ غَارِمٌ»(١)، وأما الأصيل فلأن الدين باقٍ عليه. فإن قيل: يلزم من مطالبتهما أنه إذا كان له مائة أنه يطالب بمائتين؛ لأنه يطالب كُلًّا منهما بمائة، وذلك ممنوع، أجيب: بأن الممنوع ليس في المطالبة إنّما الممنوع في المرتَّب عليها وهو الأخذ، وليس له إلَّا أخذ أحدهما، والتحقيق أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل لا غيره، والذِّمَّتَانِ مشغولتانِ به كالرهنين بدينٍ واحدٍ. قال الماوردي: ولو أفلس الضامن والمضمون عنه فقال الضامن للحاكم: «بِعْ أَوَّلًا مال المضمون عنه» وقال المضمون له: «أريد أن أبيع مال أَيِّكُمَا شئتُ»، قال الشافعي: إن كان الضمان بالإذن أُجيب الضامنُ، وإلَّا فالمضمون له. وإذا رهن رهنًا وأقام ضامنًا خيّر المستحِقُّ بين بيع الرهن ومطالبة الضامن على الصحيح.

تنبيه: قد يقتضي كلام المصنف أنه لو قال رجلان لآخر: «ضَمِنَّا ما لك على زيد» وهو ألف مثلًا أنه يطالب كُلٌّ منهما بجميع الألف، وفي المسألة وجهان:

أحدهما: هذا وصحّحه المتولّي؛ كما لو قالا: «رهنّا عبدنا هذا بالألف الذي لك على فلان»، فإن حصَّة كُلٍّ منهما رهنٌ بجميع الألف.

والثاني: أنه لا يطالبه إلَّا بالنصف فقط، وصحّحه الماوردي والبندنيجي؛ كما لو

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية / ٣٥٦٥/ . والترمذيُّ في «جامعه»، كتاب الوصايا، باب ما جاء: «لا وصية لوارث» / ٢١٢٠/ . وابن ماجه، أبواب الصدقات، باب الكفالة / ٢٤٠٥/ .

قال المباركفوريُّ ـ رحمه الله تعالى ـ: وأخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وحسَّنه الحافظ أيضًا في «التلخيص»، وقال في «الفتح»: في إسناده إسماعيل بن عيَّاش، وقد قوّى حديثه إذا روى عن الشاميين جماعةٌ من الأئمّة منهم أحمد والبخاريُّ، وهذا من روايته عن الشاميين؛ لأنّه رواه عن شرحبيل بن مسلم، وهو شاميّ ثقة، وصرَّح في روايته بالتحديث عند الترمذيِّ، وقال الترمذيُّ: حديث حسن.

انظر: تحفة الأحوذيّ بشرح جامع الترمذيِّ، كتاب الوصايا، باب ما جاء: «لا وصية لوارث»، (٦/ ٣١٠).

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ. وَلَوْ أَبْرَأَ الأَصِيلَ، بَرِيءَ الضَّامِنُ، وَلَا عَكْسَ. . . . .

قالا: «اشترينا عبدك بألفٍ»، وصوَّب الأوَّلَ السبكيُّ وقال: «لأن الضمان توثقة كالرهن»، قال المتولّي: ويخالف الشراء؛ لأن الثمن عوض الملك، فبقدر ما يحصل للمشتري من المِلك يجب عليه من الثمن، بخلاف الضمان لا معاوضة فيه. وقال الأذرعي: «القلب إلى الثاني أميل؛ لأنه المتيقن، وشغل ذمة كُلٍّ واحد بالزائد مشكوك فيه». انتهى، واختلف أيضًا علماء عصرنا في الإفتاء في ذلك، وأنا أقول كما قال الأذرعي.

وتعبير المصنف بـ«المستحِقّ» أعمُّ من تعبير أصله و«الروضة» بـ«المضمون له» فإنه يشمل الوارث كما قرّرت به كلامه؛ لكنه قد يُدخل فيه المحتال مع أنه لا يطالب الضامن؛ لأن ذمته قد برئت بالحوالة.

ولو ضمن الضامِنَ آخرُ والآخرُ آخرَ وهكذا طالب المستحِقُّ الجميع.

[حكم الضمان بشرط براءة الأصيل]

(والأصحّ أنه لا يصحّ) الضمان (بشرط براءة الأصيل)؛ لمنافاة الشرط لمقتضى الضمان، وكذا لو ضمن بشرط براءة ضامنٍ قبله، أو كفل بشرط براءة كافلٍ قبله. والثاني: يصحّ الضمان والشرط؛ لما رواه جابر في قصة ضمان أبي قتادة للميت قال: فجعل النَّبِيُّ ﷺ يقول: «هُمَا عَلَيْكَ وَفِي مَالِكَ وَالْمَيْتُ مِنْهُمَا بَرِيءٌ؟» فقال: نَعَمْ. فَصَلَّى عَلَيهِ[1]. قال الحاكم: صحيح الإسناد، وأجاب الأول: بأن المراد بقوله: «بَرِيءٌ» إنما هو في المستقبل. والثالث: يصحّ الضمان فقط ويبطل الشرط؛ كما لو أعتق عبدًا بشرط أن يعطيه شيئًا.

[حكم براءة الضامن عند إبراء المستحِقِّ الأصيلَ]

(ولو أبرأ) المستحِقُّ (الأصيل) من الدين (بريء الضامن) منه لسقوطه، (ولا عكس) أي لو أبرأ الضامنَ لم يبرأ الأصيل؛ لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين؛ كَفَكِّ

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، كتاب البيوع /٢٣٤٦/ وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبيُّ على ذلك في «التلخيص» فقال: صحيح.

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الآخَرِ. وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، ....

الرهن، نعم يبرأ معه مَنْ بعده من الملتزمين لأنه فرعه، فيبرأ ببراءته دون من قبله.

تنبيه: في معنى الإبراء أداء الدين والاعتياض والحوالة به وعليه. وقولُ ابن الملقن: «لو عبّر بقوله: بَرِئَ كان أشمل»؛ لم يصحّ في قوله: «ولا عكس» فإنه لو برىء الكفيل بالأداء برىء الأصيل، فالإبراء في الثانية متعيِّنٌ.

[حكم حلول الدَّين المؤجَّل عند موت الأصيل أو الضامن]

(ولو مات أحدهما) والدين مؤجّل (حَلَّ عليه)؛ لخراب ذمته، وكذا لو اسْتُرِقَّ. (دون الآخر) فلا يَحِلُّ عليه؛ لأنه يرتفق بالأجل. فإن كان الميتُ الأصيلَ فللضامن أن يطالب المستحِقَّ بأخذ الدين من تركته أو إبرائه هو؛ لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعًا إذا غرم، وإن كان الميتُ الضامنَ وأخذ المستحِقُّ الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل.

تنبيه: مَحَلُّ ما ذكره المصنف إذا كان الضمان في الذمة، فإن كان عينًا معينة كما لو أعاره عينًا ليرهنها وقلنا بالصحيح أنه ضمان دينٍ في رقبة ذلك الشيء فمات المعير لا يحلّ الدين كما قاله ابن الصلاح في «فتاويه»، قال: «وإنما يَحِلُّ الدين الذي في الذمة لتبرأ ذمته منه، وهذا في عينٍ فزال المحذور».

[شرط مطالبة الضامن الأصيلَ بتخليصه عند مطالبة المستحِقِّ له]

(وإذا طالب المستحِقُّ الضامنَ) بالدين (فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء) لدين المضمون له ليبرأ الضامن، هذا (إن ضمن بإذنه)؛ لأنه الذي أوقعه في المطالبة؛ كما أنه يغرمه إذا غرم. ومعنى التخليص: أنه يؤدّي دين المضمون له ليبرأ الضامن. أما إذا ضمن بغير إذنه فليس له مطالبته؛ لأنه لم يسلطه عليه.

قال في «المطلب»: «ولو كان الأصيل محجورًا عليه ـ كصبيّ ـ فللضامن بإذن وليّه إن طولب طَلَبُ الوليّ بتخليصه ما لم يزل الحجر، فإن زال توجَّه الطلب على المحجور عليه». ويقاس بالصبي المجنونُ والمحجور عليه بسفهٍ، سواء أكان الضمان بإذنهما قبل

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ.

وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالأَدَاءِ، . . . .

الجنون والحجر أم بإذن وليّهما بعد ذلك.

تنبيه: قد يفهم اقتصار المصنّف على المطالبة أن الضامن إذا حُبِسَ لا يحبس الأصيل، وهو كذلك إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء؛ قال في «المطلب»: «ولا ملازمته»، وصحّح السبكي جواز الحبس؛ لأن الأصيل لا يعطي شيئًا إذا علم أنه لا يحبس، وحينئذ فلا يبقى لتجويز المطالبة فائدة.

(والأصح أنه لا يطالبه) بتخليصه **(قبل أن يُطَالَبَ)** هو بالدين؛ كما لا يغرمه قبل أن يغرم. والثاني: يطالب بتخليصه؛ كما لو استعار عينًا للرهن ورهنها، فإن للمالك مطالبته بفكّها، وفرّق الأول: بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر، بخلاف الضامن. وعلى الأول ليس له أن يقول للمضمون له: «إما أن تبرئني من الحَقِّ، وإما أن تطالبني به لِأُطَالِبَ المضمون عنه» كما قاله البندنيجي. ومحلّ الخلاف إذا كان الدين حالًّا وإلّا فليس له مطالبته قطعًا.

ولا يطالب الضامن بالإذن الأصيلَ بالمال ما لم يسلمه، فلو دفع إليه الأصيل المال بلا مطالبةٍ وقلنا: «لا يملكه» وهو الأصح فعليه ردّه، ويضمنه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد، فلو قال له: «اقضِ به ما ضمنتَ عني» فهو وكيل والمالُ أمانةٌ في يده.

ولو أبرأ الضامن الأصيل، أو صالح عمّا سيغرم في ماله، أو رهنه الأصيل شيئًا بما ضمنه، أو أقام به كفيلًا لم يصحّ؛ لأن الضامن لا يثبت له حق بمجرد الضمان، ولو شرط الضامن في ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئًا أو يقيم له به ضامنًا فَسَدَ الضمان لفساد الشرط.

[شرط رجوع الغارم على الأصيل]

(وللضامن) الغارم **(الرجوع على الأصيل إن وُجِدَ إذنه في الضمان والأداء)**؛ لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه. هذا إن أدّى من ماله، أما لو أخذ من سهم الغارمين

وَإِنِ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا، وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ رَجَعَ فِي الأَصَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الأَصَحِّ.

وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ.

فأدّى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات خلافًا للمتولّي. (وإن انتفى) إذنه (فيهما) أي الضمان والأداء (فلا) رجوع لتبرّعه، ولأنه لو كان له الرجوع لما صلّى النَّبِيُّ ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة[١]. (وإن أذن في الضمان فقط) وسكت عن الأداء (رجع في الأصح)؛ لأنه أذن في سبب الأداء. والثاني: لا يرجع؛ لانتفاء الإذن في الأداء. ويستثنَى من إطلاق المصنف الرجوعَ ما إذا ثبت الضمان بالبينة وهو منكر؛ كأن ادَّعى على زيد وغائب ألفًا، وأن كُلًّا منهما ضمن ما على الآخر بإذنه، فأنكر زيدٌ فأقام المدّعي بينةً وغرمه لم يرجع زيدٌ على الغائب بالنصف لكونه مكذِّبًا للبينة، فهو مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه. وما لو ضمن عبدٌ ما في ذمة سَيِّدِهِ لأجنبي وأدَّى بعد العتق فإنه لا يرجع؛ أي في الأصح، وما لو قال الضامن بالإذن: «لله عليّ أن أؤدّي دين فلان ولا أرجع به» فإنه إذا أدَّى لا يرجع.

(ولا عكس في الأصح) لا رجوع فيما إذا ضمن بغير الإذن وأدَّى بالإذن؛ لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه. والثاني: يرجع؛ لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه. ويستثنى من إطلاق المصنف عدم الرجوع ما لو أدَّى بشرط الرجوع فإنه يرجع كغير الضامن. وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض؛ حتى يرجع في المتقوِّمِ بمثله صورةً كما قاله القاضي حسين.

[حكم ما لو أدى الضامن مكسّرًا عن صحاحٍ أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون]

(ولو أدّى مكسّرًا عن صحاح أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلّا بما غرم)؛ لأنه الذي بذله. والثاني: يرجع بالصحاح والمائة لحصول براءة

---

(١) أخرجه البخاريّ في «صحيحه»، كتاب الحوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز /٢١٦٨/ في حديث طويل، وفيه قول النبيّ ﷺ: «فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: صلُّوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه. فصلَّى عليه».

وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ . . . .

الذمة، والنقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن. ولو باعه الثوب بمائةٍ وتقاصًا، أو قال: «بعتُكَ الثوب بما ضمنته لك عن فلان» صحّ البيع ورجع بما ضمنه. ولو صالح الضامن المستحِقَّ من الدين على بعضٍ، أو أدَّى إليه البعض وأبرأه من الباقي رجع بما أدَّى وبرىء فيهما، وبرىء الأصيل عن الباقي في صورة الصلح دون صورة البراءة؛ لأن الصلح يقع عن أصل الدين، وبراءة الضامن إنما تقع عن الوثيقة.

فروع: لو أحال المستحِقُّ على الضامن ثم أبرأ المحتالُ الضامنَ هل يرجع الضامن على الأصيل أو لا؟ رجّح الجلال البلقيني الأول، والمعتمد الثاني لقول الأصحاب: «إذا غرم رجع بما غرم» وهذا لم يغرم. ومثل ذلك ما لو وهبه المستحِقُّ الدين فإنه لا يرجع، بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع؛ كما لو وهبت المرأة الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصفه، بخلاف ما لو أبرأته منه قبل قبضها فإنه لا يرجع عليها بشيء. ولو ضمن ذميٌّ لذميّ عن مسلمٍ دينًا فصالح صاحبه على خمر لَغَا الصلح فلا يبرأ المسلم كما لو دفع الخمر بنفسه. ولو ضمن شخصٌ الضامنَ بإذنه وأدَّى الدين للمستحِقِّ رجع على الضامن لا على الأصيل، ثم يرجع الأول على الأصيل، فإن كان بغير إذنه، لم يرجع على الأول لعدم إذنه، ولا الأول على الأصيل لأنه لم يغرم شيئًا.

[شرط رجوع المؤدِّي دينَ غيره عليه]

(ومن أدَّى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع) له عليه لتبرعه، وفارق ما لو أوجر طعامه مضطرًا قهرًا أو وهو مُغْمًى عليه حيث يرجع عليه لأنه ليس متبرعًا؛ بل يجب عليه خلاصه من الهلاك، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك. ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو أدَّى الوليُّ دين محجوره بنية الرُّجوعِ أو ضمن عنه كذلك فإنه يرجع كما قاله القفال وغيره، وما لو صار الدين إرثًا للضامن فإن له الرجوع لانتقال الدين إليه ولو كان الضمان بغير إذن.

(وإن أذن) له في الأداء (بشرط الرجوع رجع) عليه وفاءً بالشرط، (وكذا إن أذن) له

مُطْلَقًا فِي الأَصَحِّ، وَالأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَا بِالأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الأَصَحِّ، ....

(مطلقًا) عن شرط الرجوع فإنه يرجع (في الأصح) إذا أدّى بقصد الرجوع للعرف. والثاني: لا؛ إذ ليس من ضرورة الإذن الرجوع. وفي معنى الإذن التَّوكيلُ في الشراء إذا دفع الثمن فإنه يرجع على الراجح؛ لتضمن التوكيل إذنه بدفع الثمن؛ بدليل أن للبائع مطالبته بالثمن والعهدة. ولو أذن له في الأداء فضمن لم يرجع؛ لأنه أدّى عن الضمان وهو غير مأذون فيه. ولو ضمن شخصٌ الضامنَ بإذن الأصيل رجع عليه كما لو قال لغيره: «أدِّ ديني» فأدّاه.

(والأصح أن مصالحته) أي المأذون (على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع)؛ لأن قصد الآذن حصول البراءة وقد حصلت. والثاني: تمنع؛ لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة، فهو متبرِّعٌ.

تنبيه: لم يبين المصنف بِمَ يرجع، وهو إنما يرجع بالأقلّ من الدين المضمون وقيمة المؤدَّى، فلو صالح بالإذن عن عشرة دراهم على ثوب قيمته خمسةٌ، أو عن خمسةٍ على ثوب قيمته عشرةٌ لم يرجع إلَّا بخمسة.

(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدّي) بالإذن من غير ضمان (إذا أشهدَ بالأداء رجلين أو رجلًا وامرأتين)؛ لثبوت الحق بذلك، ويعتبر في الشاهد العدالة، نعم لو أشهد مستورَيْنِ فبانا فاسقَيْنِ كفى على الأصح لإتيانه بِحُجَّةٍ، ولتعذر إطلاعه على الباطن فكان معذورًا. (وكذا رجل ليحلف معه في الأصح)؛ إذ الشاهد مع اليمين حجة. والثاني: لا؛ لأنهما قد يترافعان إلى حنفيٍّ لا يقضي بشاهدٍ ويمينٍ فكان ذلك ضربًا من التقصير، وردَّه الإمام: بأنه لم يشترط أحدٌ إشهاد من يَتَّفِقِ العلماء على قبوله.

تنبيه: قوله: «ليحلف معه» يقتضي اشتراط العزم على الحلف عند الإشهاد، فلو لم يقصده كان كمن لم يشهد، وبه صرَّح في «الحاوي».

والظاهر أنه لو حلف معه رجع وإن لم يعزم عند الإشهاد. قال الأذرعي: «ولو قيل:

فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الأَصَحِّ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

إن كان حاكم البلد حين الدفع والإشهاد حنفيًّا فهو مُقَصِّرٌ لم يبعد». انتهى، والظاهر إطلاق كلام الأصحاب. ولا يكفي إشهاد من يسافر قريبًا؛ إذ لا يُفْضي إلى المقصود.

(فإن لم يشهد) أي الضامن بالأداء وأنكر رب الدين أو سكت (فلا رجوع) له (إن أدَّى في غيبة الأصيل وكَذَّبَهُ)؛ لأن الأصل عدم الأداء وهو مُقَصِّرٌ بعدم الإشهاد. (وكذا إن صدقه في الأصح)؛ لأنه لم ينتفع بأدائه لأن المطالبة باقية. والثاني: يرجع؛ لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه. ومحلّ الخلاف إذا لم يأمره الأصيل بالإشهاد أو بتركه، فإن أمره به لم يرجع جزمًا، أو بتركه رجع جزمًا كما قاله الدارميُّ. ولو لم يشهد ثم أدَّى ثانيًا وأشهد هل يرجع بالأوَّلِ لأنه المبرىء للذمة، أو بالثاني لأنه المسقط للضمان؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما فيما لو كان أحدهما صحاحًا والآخر مكسَّرًا مثلًا، قال في «الروضة»: «ينبغي أن يرجع بأقلِّهما، فإن كان الأول فهو بزعمه مظلوم بالثاني، وإن كان الثاني فهو المبرىء لكونه أشهد به، والأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد».

(فإن صدقه المضمون له) وكذبه المضمون عنه ولا بينة، (أو أدَّى بحضرة الأصيل) مع تكذيب المضمون له (رجع على المذهب)؛ أي الراجح من الوجهين في المسألتين؛ لسقوط الطلب في الأُوْلَى وعلم الأصيل بالأداء في الثانية. والثاني في الأُوْلَى يقول: تصديق ربِّ الدين ليس حجة على الأصيل، وتصديق ورثة ربِّ الدين المطلقي التصرّف كتصديقه. وهل تصديق الإمام حيث يكون الإرث لبيت المال كتصديق الوارث الخاصّ، أو تصديق غرماء من مات مفلسًا كتصديق ربِّ الدين؟ قال الأذرعي: «لم أَرَ فيه شيئًا، وهو موضع تأمّل». انتهى، والظاهر ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ عدم الإلحاق؛ لأن المال لغيره. وفي الثانية يقول: لم ينتفع الأصيل بالأداء لترك الإشهاد، وأجيب: بأنه المقصِّرُ بترك الإشهاد، وهذا ظاهر إذا لم يشترط عليه الإشهاد، فإن شرطه عليه فيظهر أنه لا يرجع لعدم توفيته بالشرط. ويقاس بما ذكر في الضامن المؤدّي في الأحوال المذكورة.

. . . .

خاتمة: لو قال: «أشهدتُ بالأداء شهودًا وماتوا، أو غابوا، أو طرأ فِسْقُهُمْ» فكذَّبه الأصيل في الإشهاد فالقولُ قول الأصيل بيمينه؛ لأن الأصل عدم براءة ذمته وعدم الإشهاد، وإن كذَّبه الشهود فكما لو لم يشهد. فإن قيل: لو أقرّت امرأةٌ بنكاح بحضرة شاهدين فكذَّباها لا يقدح في إقرارها، فَهَلَّا كان هنا كذلك؟ أجيب: بأنها ثَمَّ أقرّت بحق عليها فلم يَلْغُ بإنكارهما، وهذا هنا يريد أن يثبت له حقًّا. ولو قال الشهود: «لا ندري وربما نسينا» لا رجوع كما رجّحه الإمام، وجعله أَوْلى بذلك من دعواه موت الشاهد.

ولو باع من اثنين شيئًا وشرط أن يكون كُلٌّ منهما ضامنًا للآخر بطل البيع؛ قال السبكي: «ورأيت ابن الرفعة في حِسْبَتِهِ[1] يمنع أهل سُوقِ الرقيقِ من البيع مُسَلَّمًا، ومعناه إلزام المشتري بما يلحق البائع من الدلالة وغيرها»، قال: «ولعلَّه أخذه من هذه المسألة ولا يختص ذلك بالرقيق». وهذا إن كان مجهولًا، فإن كان معلومًا فلا، وكأنه جعله جزءًا من الثمن، بخلاف مسألة ضمان أحد المشتريين للآخر لا يمكن فيها ذلك؛ قال الأذرعي: «لكنه هنا شرط عليه أمرًا آخر، وهو أن يدفع كذا، إلى جهة كذا، فينبغي أن يكون مبطلًا مطلقًا». انتهى، وهذا هو الظاهر.

* * *

---

(١) في المخطوط: «حاشيته».




المحتوىٰ